# البطلان والفساد عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي

إعداد

حنان يونس محمد القديمات

المشرف

الأستاذ الدكتور / عمر سليمان الأشقر

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

أيار ٢٠٠٢

# ملخص

# البطلان والفساد عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي

**إعداد**

**حنان يونس محمد القديمات**

**إشراف**

**الأستاذ الدكتور / عمر سليمان الأشقر**

تناولت هذه الدراسة موضوع البطلان والفساد، بالتتبع الأصولي والتطبيق الفقهي، والمقارنة بين منهج الحنفية والجمهور، وجاءت في خمسة فصول وخاتمة.

عرضت في الفصل الأول منها تعريفات الصحة والبطلان والفساد لغةً واصطلاحاً، مع التتبع لمواطن ورود اللفظين الأخيرين في القرآن الكريم، للربط بين هذه المعاني والدلالة الاصطلاحية.

أما الفصل الثاني فقد احتوى تحريراً لمحل الخلاف في البطلان والفساد، وفي أنواع المنهي عنه، وخاصة النهي المطلق مع التمثيل والبيان لحكم هذه الأنواع.

وعرضت في الفصل الثالث مذهب الحنفية أصولاً وفقهاً، من خلال استقراء آراء الأصوليين وتحقيق نسبة الأقوال إليهم، والمنقول عنهم، وأدلتهم التي استندوا إليها، ثم الدراسة الفقهية في أبواب العبادات والنكاح والمعاملات لربط الخلاف الأصولي بمواضعه الفقهية، ولاستعراض أسباب البطلان والفساد وآثارهما.

أما الفصل الرابع فقد خصصته لمذهب الجمهور، ولقد جاء على نسق الدراسة في الفصل الثالث، مع الترجيح بين المذهبين.

وفي الفصل الخامس استعرضت التطبيقات الفقهية المختارة لإظهار أثر الخلاف الأصولي، والربط بين النظرية والتطبيق، ثم ختمت الرسالة بخاتمة ضمت أهم النتائج والتوصيات التي تمخضت عنها الدراسة.

# Abstract

## Voidance and Incorrectness According to founders and their influence on Islamic jurisprudence

**by**
**Hanan y. Al-Qudimat**

**Suppervisor**
**professor Omar S. Al-A'shkar**

This study cover the subject of voidance and incorrectness by tracing foundation and applying jurisprudence

It compares between Al-Hanafee school of jurisprudence and Al-jumhoor's school. This study consists of five chapters and a conclusion.

The first chapter presents the linguistic and idiomatic definitions of the terms and saheh (the correctness) , Al- butlan (incorrectness)and Al-fasad (voidance). It also traces the situations where the last two items are mentioned in the holy Quran to link between their semantic and idiomatic connotation.

The second chapter reports the controversial argument of the voidance and incorrectness, their prohibited types especially the diffinite prohibited ones with clarification and exemplification of these types.

The third chapter presents the school of Al-Hanafeeh foundations and jurisprudency by inducing the founder's opinions, verifying the ascriptions of these opinions and what is quoted from them.

In addition to that , it also has the verification of their proofs on which their views were based .

The jurisprudent study of the chapters of worshiping ,marriage and dealing to link between the argumentative foundation and its jurisprudent points is presented in this chapter , its also presents the reasons of the incorrectness and voidness and their influence.

Chapter four presents Al-jumhoor's school of jurisprudence. The chapter is designed in away similar to what is done in the third chapter but it adds a tharough distinction between the two schools.

Chapter five presents selected juriprudent application to show the effect of the argumentation of foundations and it links the theoritical aspect with the application . The study ends by the conclusion that has the results and the recommendations of the study.

# الفصل الأول

# بيان مفهوم الصحة والبطلان والفساد لغةً واصطلاحاً

# التمهيد:

اختلفت المذاهب الفقهية في موضوع البطلان والفساد اختلافاً واسعاً وذلك من حيث الترادف والتمايز، ودلالة النهي على واحدٍ منها بحسب محل القبح فيـــه، كمـــا أن الآراء تباينت كثيراً واختلطت، وارتبطت المسألة ببعض قواعد النهي، كدلالته على الفساد.

ودرج الأصوليون على بحث المسألة في موضعين، أولـــهما فـــي أقســـام الحكـــم الشرعي، فقد بحثوا فيه تعريف الصحة والبطلان والفساد كأوصاف للحكم الشرعي، وهل هي أحكام عقلية أم شرعية ؟[١] وأثرها في أبواب الفقه المختلفة، وبحث أيضاً في مباحث النهي، في قاعدة: اقتضاء النهي للفساد، وكانت هذه القاعدة هي أساس الخلاف في المسألة الأولى، فاحتاج البحث جمع الأمرين معاً، ودراسة الأثر الفقهي المترتب على هذه المسألة من كتب الفقهاء، لتحديد معنى البطلان والفساد وحقيقة العلاقة بينهما، ولبيان حجم الخلاف فيها فقهاً وتطبيقاً، واتباعاً لسنة الأصوليين في الأمر، افتتحت الدراســـة ببيـــان المعنـــى الاصطلاحي عند الأصوليين.

ولقد رتبت الفصل الأول ضمن المباحث التالية:

**المبحث الأول: تعريف الصحة لغة واصطلاحاً.**

**المبحث الثاني: تعريف البطلان والفساد لغة واصطلاحاً.**

---

(١) انظر آراء العلماء في هذه المسألة: ابن الهمام، تيسير التحرير، ٢٣٧/٢، السبكي، الإبـهاج، ٦٩/١، الأصفهاني، الكاشف، ٢٨٨/١، المطيعي، سلم الوصول، ٩٩/١، الربيعة، السبب عند الأصوليـــن، ١٢٩/١.

# المبحث الأول

# تعريف الصحة لغة واصطلاحاً

يتكون المبحث من مطلبين:

الأول: تعريف الصحة لغة.

الثاني: تعريف الصحة اصطلاحاً.

## المطلب الأول: تعريف الصحة لغة.

يقول ابن منظور: الصحة خلاف السقم، فهي ذهاب المرض[١]، وأصلها صحَ، ويقال الصُحُ والصِّحة والصحاح، ويقال: صحَّ فلان من علته، واستصح، وفي الحديث عن رسول الله ﷺ "الصوم مَصَحة"[٢].

ويقال مَصِحَة بفتح الصاد وكسرها، ويقال أرض مَصَحَّة ومَصِحَة؛ أي بريئة من الأوباء، وصححت الكتاب تصحيحاً إذا كان سقيماً، فأصلحت خطأه[٣].

ويقول ابن فارس: الصحة البراءة من المرض والعيب، وتطلق على الاستواء والصَّحْصح والصَحصحان والصَّحصاح، المكان المستوي[٤].

---

[١] ابن منظور، لسان العرب، مادة صحح، ٥٠٧/٢.

[٢] ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث، مادة صحح، ١٢/٣، وفي معنى الحديث ذكر العجلوني حديث صوموا تصحوا وروايته: "سافروا تربحوا، وصوموا تصحوا، واغزوا تغنموا"، رواه أحمد عن أبي هريرة مرفوعاً، وذكر له روايات متعددة، انظر: العجلوني، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، ١٤٥٥/١، مادة سافروا، ورواية الصوم مصحة لم أجد لها تخريجاً في كتب الحديث باستثناء ما نقله ابن الأثير.

[٣] ابن منظور، لسان العرب، مادة صحح، ٥٠٧/٢.

[٤] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة صح، ٢٨١/٣.

ويقال رجلُ صُحْصُحٌ وصُحْصوحٌ أي يتبع دقائق الأمور فيُصححها ويعلمها[١].
وعرف بعض الأصوليين الصحة لغة، ومنها تعريف السمرقندي: "الصحيح لغة يستعمل في الجمادات فيما استوى تركيبه الخاص وفيه صلابة وشدة، ويستعمل في الحيوانات فيما اعتدلت طبيعته، واستكمل قوته مع انتفاء أسباب الهلاك والنقصان عن المعاني الباطنة"[٢].

## المطلب الثاني: تعريف الصحة اصطلاحاً.

يرتبط تعريف الصحة اصطلاحاً بتعريف البطلان والفساد، ارتباطاً وثيقاً، فهما نقيضان للصحة، وببيان الصحة اصطلاحاً يتضح مفهوم ضدها، بل إن بعض الأصوليين لم يهتم بتعريف البطلان والفساد اكتفاء بالتفصيل في معنى ضدهما، تماماً كما استغنوا عن بحث كثير من مسائل النهي، بما بحثوه من ضدها في مسائل الأمر.

واختلف الأصوليون في معنى الصحة اصطلاحاً، وخاصة الصحة في العبادات، وأثير حوله إشكالات وتعليلات ذات أثر في تعريف البطلان والفساد. فكان بيانها والوقوف على تفصيلاتها ضرورة لاكتمال التصور والفهم لمعنى البطلان والفساد تبعاً لحصول الضدية بينهما وبين الصحة.

بل إن كثيراً من المسائل الفقهية التي تُعرض كثمرة للخلاف الفقهي بين البطلان والفساد هي في حقيقتها ثمرة للخلاف بين الصحة والبطلان، وكذلك بعض التقسيمات للصحة يعتمد عليها في الاستدلال على أن الفساد يختلف عن البطلان عند القائلين به، أو رداً على فريق مخالف.

ولأجل هذا وذاك كان بحثي في معنى الصحة – فيما أرى- ضرورة لخدمة المعنى للارتباط الوثيق بين المصطلحات الثلاثة، فلا يتضح معنى أحدهما بدقة إلا ببيان ضده وتفصيله.

---

(١) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مادة الصُحُ، ٢٣٣/١.

(٢) السمرقندي، ميزان الأصول، ٣٧.

إن البحث في هذا المطلب يعتمد على النقل من كتب الأصوليين وما ذكروه من تعريفات للصحة، والتي اختلفت بحسب المضاف إليه، حيث لوحظ أنهم يعرفون الصحة مطلقاً، بتعريفات خاصة بهم، دون أن تنسب إلى فريق أو مذهب، ثم يعرفون الصحة في العبادات والصحة في المعاملات، وعندها يبرز في المسألة مذهبان واضحان خاصة في تعريف الصحة في العبادات، ويُنقل الخلاف بين الفقهاء والمتكلمين في التعريف، ويتكور ذلك في عامة كتب الأصوليين.

وقد اعتاد الباحث في أصول الفقه، أن يفسر كلمتي الفقهاء والمتكلمين حسب معناهما اصطلاحاً بالنظر إلى مناهج التأليف في أصول الفقه، فطريقة الشافعية ومن تبعهم تسمّى طريقة المتكلمين، وطريقة الحنفية تسمى طريقة الفقهاء[١]، إلا أن بعض المحدثين[٢] المحققين لحقيقة المراد من لفظ الفقهاء والمتكلمين، أثبتوا أن المقصود بالفقهاء؛ أهل الفقه، وبالمتكلمين؛ علماء الكلام، وتعريفاتهم تختلف عن تعريف الأصوليين. واستندوا في إثبات ذلك على قراءات ونقولات للأصوليين أفادت أن الأمر متعلّقه علم الفقه وعلم الكلام، وليس تعريفاً في علم الأصول[٣]، كما أن الأصوليين لم ينسبوا هذين التعريفين إليهم، بل تواتر النقل بقولهم تعريف الفقهاء، وتعريف المتكلمين.

ويؤكد هذا الأمر عندي أن الخلاف برز في تعريف الصحة في العبادات، وهو أشبه ما يكون بالتطبيق لمعنى الصحة، فصح نسبته إلى الفقهاء، الذين اهتموا بتطبيق المعنى عملياً بينما المتكلمون اكتفوا بالنظر العام.

أما الأصوليون فقد عرفوا الصحة بالمعنى المطلق، فناسب ذلك منهج التفكير الأصولي في تأسيس القواعد، دون التفريق بين العبادات والمعاملات.

---

(١) انظر الفرق بين الطريقتين في المراجع التالية، أبو زهرة، أصول الفقه، ١٨-٢٣، بدران أبو العينين، أصول الفقه، ١٥-٢١، وانظر عبد الكريم النملة، تحقيق شرح المنهاج للأصفهاني، ٧٠/١، الزحيلي، تحقيق الكوكب المنير، ٤٦٥/١.

(٢) الربيعة، السبب عند الأصوليين، ١٢٢/١-١٢٣، جبريل آل أسكيا، الصحة والفساد، ٩١-٩٣.

(٣) انظر أدلتهم في المرجعين السابقين، فلا حاجة للاستفاضة في هذا الموضوع.

## أولاً: تعريف الصحة بالمعنى المطلق:

وهو التعريف المنسوب إلى الأصوليين، حيث اهتموا بعموم معنى الصحة دون النظر إلى المضاف إليه، إذ يَصدُق هذا المعنى على الصحة في أبواب الفقه المختلفة.

وإن المتتبع لتعريفات الأصوليين، يرى أن التعريفات يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مذاهب، لكل منها معنى محدد يجمع ما تندرج تحته من تعريفات، وهي مذهب الجمهور[١]، ومذهب الحنفية، ومذهب المتأخرين[٢].

### أولاً: مذهب الجمهور.

اتفقت التعريفات التي اطلعت عليها في أن المراد بالصحة تحقق الغاية والأثر عن الفعل المشروع: واختلفت من حيث طريقة نظر المعرّف، فمنهم من عرّف الصحة باعتبار حقيقتها وهيئتها وكيفية تحققها، ومنهم من اهتم بالأثر المترتب على الفعل الصحيح، وفيما يلي أهم هذه التعريفات:

#### ١- تعريف أبي الحسين البصري:

قال: "الفعل الصحيح هو ما حصل به الغرض المقصود به"، وذلك "بأن يستوفي شرائطه التي معها يحصل الغرض المقصود بالفعل"[٣]، ويلحق به تعريف السمعاني والجويني[٤]. فقد عرفه السمعاني بقوله: "الصحيح، يتعلق به النفوذ ويتحصل به المقصود" وعرفه الجويني بأنه: "ما يتعلق به النفوذ ويعتد به شرعاً".

---

(١) أقصد بالجمهور الغالبية العظمى من المالكية والشافعية والحنابلة ومن تبعهم من الحنفية.

(٢) أقصد بالمتأخرين وهم من ألفوا في أصول الفقه وفق طريقة الجمع بين الطريقتين أي الجمع بين طريقة المتكلمين والفقهاء، بغض النظر عن مذاهبهم.

(٣) أبو الحسين البصري، المعتمد، ١٨٤/١.

(٤) السمعاني، قواطع الأدلة، ٤١، الجويني، الورقات مع التحقيقات، ١١٥.

٢- تعريف السمرقندي:

عرف السمرقندي الصحيح بأنه: "ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبراً شرعاً في حق الحكم"[١]، يلحق به تعريف ابن قدامة الذي يشبه تعريف السمرقندي في المقطع الأخير منه فالصحة عنده، "اعتبار الشرع الشيء في حق حكمه"[٢].

٣- تعريف البيضاوي:

"الصحة -عند البيضاوي- "استتباع الغاية"[٣]، ويلحق بمعناه تعريف القرافي حيث قال: "الصحة مطلقاً هو ترتب الأثر على الصحيح"[٤]. وتعريف ابن الهمام بقوله: "ترتب المقصود عليه"[٥].

**الشرح والتعليق على التعريفات السابقة:**

نسب البصري الصحة إلى الفعل، وفسرها بتحقق الغرض وهو الأثر الشرعي المترتب على الأفعال ويختلف باختلافها، فالغرض من البيع تحصيل الملك، والغرض من العبادة إسقاط التكليف، وبين البصري أن تحقق الغرض ناتج عن اكتمال الفعل بشرائطه[٦]، وبهذا يكون التعريف شاملاً لأنواع التصرفات.

وبين السمرقندي أن الصحة تتحقق بتوافر الأركان والشروط واجتماعها، بحيث تترتب عليه الآثار الشرعية أي حكمه ، كما قال السمرقندي، فصحة الفعل واعتبار الشرع له لترتب الأحكام والآثار، لا تتحقق إلا بتوافر الأركان والشروط.

أما البيضاوي فيصوغ بعبارة موجزة تعريفاً للصحة من حيث الأثر أو الغاية كما قال، ويقصد بها الآثار الشرعية التي يرتبها الشارع على الأفعال، ولم يقيد البيضاوي

---

(١) السمرقندي، ميزان الأصول، ٣٧، وانظر اللامشي، أصول الفقه، ٦٤.

(٢) ابن قدامة، روضة الناظر، ٢٥١/١.

(٣) البيضاوي، المنهاج مع نهاية السول، ٩٤/١.

(٤) القرافي، نفائس الأصول، ٣٠٩/١.

(٥) ابن الهمام، تيسير التحرير، ٢٣٤/٢.

(٦) البصري، المعتمد، ١٨٤/١.

الصحة بالفعل أو القول، حيث عبّر بإطلاق مستخدماً لفظ "استتباع"، والذي يراد منه طلب التبعية[١].

واستتباع مضاف إلى مفعوله، والفاعل محذوف وأصل الكلام استتباع الفعل غايته؛ أي طلبه إليها ، أن تتبعه في الوجود، فالفعل الصحيح طالبٌ للآثار[٢]. ويرى السبكي عدم مناسبة لفظ "استتباع" والأولى أن يعرف البيضاوي بيستتبع أي "كون ذلك الشيء يستتبع غايته"[٣].

والملاحظ أن التعريفات السابقة اهتمت بترتب الأثر أو الغرض أو الغاية على اختلاف عبارتها والتي بتحققها يُعتد بالفعل شرعاً ويعتبر، أو كما قال السمعاني يتعلق به النفوذ أي يصبح نافذاً، ومنهم من قرنها بالفعل، أي أنّ الغاية والأثر ارتبطا بالفعل، ومنهم من أطلق في التعريف دون أن يربطه بالفعل.

إلاّ أنّ جميع التعريفات شملت جميع التصرفات لتعليق واضعيها المصاحب لها، واهتمّ السمرقندي بتحديد صورة الصحيح من حيث هو، بقوله استجماع الأركان والشروط.

## ثانياً: مذهب الحنفية:

إن إفراد تعريف الحنفية بالبحث يُظهِر نظرتهم للبطلان والفساد واختلاف المعنى بينهما، ففي كلٍّ منهما نوع خللٍ ارتكز على الأصل أو الوصف، لذا لمّا عرّفوا ضدهما وهي الصحة حدّدوا أركان الصحة مجتمعةً؛ حيث عرّفوها بقولهم[٤]: "الصحيح ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، مُوصلاً إلى تمام المقصود"، ومذهب الحنفية في التعريف قائم على التفريق بين الأصل والوصف فالباطل عندهم ما رجع الخلل فيه إلى أصله، والفاسد ما رجع الخلل إلى وصفه وبالتالي الصحيح ما اجتمع فيه صحة الأصل والوصف، لترتُّب

---

(١) السبكي، الإبهاج، ٦٧/١.

(٢) محمد أبو النور زهير، أصول الفقه، ٦٩/١.

(٣) السبكي، الإبهاج، ٦٧/١، علل السبكي ذلك بأن استتباع الغاية يقتضي حصول التبعية وقد يتوقف ذلك على شرط في زمن الخيار، وكونه يستتبع الغاية صحيح وإن توقفت التبعية على شرط.

(٤) البخاري، كشف الأسرار، ٣٨٠/١، ابن الهمام، تيسير التحرير، ٢٦٣/٢.

الثمرة المقصودة. ويرى الحنفية في المسألة تفريقاً وتفصيلاً بين الحسيات والشرعيات والعبادات والمعاملات في موضوع البطلان والفساد، ويفصّلون في معنى الأصل والوصف، ويرتبط الحديث بدلالة النهي على الفساد[١]. وتعريف الحنفية لم يختلف عما سبق من تعريفات، باستثناء تحديدهم لمحل الصحة وطرفيها.

## ثالثاً: مذهب المتأخرين.

عرف السبكي الصحيح بقوله: "هو موافقة الفعل ذي الوجهين وقوعاً لأمر الشارع"[٢] والفعل ذو الوجهين هو الفعل الذي يقع تارةً موافقاً للشرع؛ لاستجماعه ما يُعتبر فيه شرعاً من أركانٍ وشروط، وتارةً مخالفاً للشرع؛ لانتفاء بعض أركانه أو شروطه، والفعل الذي لا يكون له إلا وجة واحد، لا يُوصف بالصحة؛ فالإيمان بالله تعالى له وجةٌ واحد وهو الموافقة، والشرك بالله تعالى له وجه واحد وهو المخالفة[٣]، وأمّا كلمة فعل في التعريف فتشمل الأقوال والأعمال والاعتقادات، وكلمة الموافقة تفيد مطلق الموافقة، سواء في الأمر نفسه أو في ظاهر الأمر وهو ظنُّ المكلف[٤].

واختار المطيعي الحنفي تعريف السبكي نفسه، وشرحه بما يوافق منهج الحنفية، فالموافقة هي مطابقة أمر الشارع أصلاً ووصفاً، فتكون مقابلة للفساد بهذا المعنى، ولو كانت الموافقة لأمر الشارع أصلاً قابلت معنى البطلان[٥]، وسأذكر الرأي الراجح في تعريف الصحة بعد أن أعرض بقية التعريفات.

---

[١] يقتضي المقام إيجاز المسألة؛ لأن الزيادة والشرح تجاوز حد التعريف، والاختصار فيها لا يخدم المعنى.

[٢] السبكي، جمع الجوامع مع البناني، ٩٩/١، وهو منسوب للمتكلمين انظر القروي، الضياء اللامع، ٢١٣/١.

[٣] البناني، حاشية البناني، ٩٩/١، جبريل آل أسكيا، الصحة والفساد، ١٣٦.

[٤] جبريل آل أسكيا، الصحة والفساد، ١٣٧-١٣٩، لم ينسبها إلى مرجع أصولي، علماً بأنها محل خلاف بين الفقهاء والمتكلمين كما سأذكر.

[٥] المطيعي، سلم الوصول، ٩٦/١.

## ثانياً: تعريف الصحة في العبادات والمعاملات:

نقل الأصوليون اختلافاً في تعريف الصحة في العبادات ، واتفاقاً في تعريف الصحة في المعاملات ، ونُسِبَ الخلاف عندهم إلى الفقهاء والمتكلمين وقد أشرت سابقاً إلى المراد من الفقهاء والمتكلمين[١]، وإجمالاً لتعريفاتهم في العبادات والمعاملات، أُحدِّد نقاط الخلاف والاتفاق على النحو التالي:

- اتفقوا على أن الصحة في المعاملات معناها ترتب الآثار والثمار المرجوة من المعاملة[٢]، وهي انتقال الملك وحل الانتفاع في عقد البيع، واستحقاق الأجرة في عقد الإجارة، وعرَّف الجويني الصحة في العقود والشهادات والأقارير بقوله: "هي ثبوتها على مُوجَب الشرع، وتوفر قضاياها، كالأملاك المترتبة على العقود، وغيرها من المقاصد"[٣] بينما عبَّر الآمدي بعبارة موجزة فقال: "الصحة في عقود المعاملات؛ ترَتب ثمرته المطلوبة منه"[٤]. وعرفها البخاري والقرافي "بترتب الآثار"[٥]. وهي في النهاية تُحقق مطلوباً واحداً وتفيد معنى مشتركاً لا اختلاف فيه، وهو ترَتب المقاصد والغايات من تشريع المعاملات.

- واختلفوا في الصحة في العبادات على قولين:

قول الفقهاء حيث عرفوا الصحة في العبادات، "بأنها موافقة أمر الشارع على وجه يندفع به القضاء"[٦]، أو "كون الفعل مُسقِطاً للقضاء"[٧]. وقول المتكلمين حيث عرفوا الصحة في العبادات بقولهم "موافقة أمر الشارع، وجب القضاء أو لم يجب"[٨].

---

(١) انظر ص ٥ من البحث.

(٢) الأصفهاني، شرح المنهاج، ١/٧٠.

(٣) الجويني، التلخيص، ١/١٧٢.

(٤) الآمدي، الإحكام، ١/١١٢.

(٥) البخاري، كشف الأسرار، ١/٣٧٩، القرافي، نفائس الأصول، ١/٣٠٩، وانظر في معناه أيضاً الإسنوي، نهاية السول، ١/٦٧، الأصفهاني، شرح المنهاج، ١/٧٠.

(٦) ابن الهمام، تيسير التحرير، ٢/٢٣٥، واعتبره ابن الهمام أدق من التعريف الثاني. انظر كلامه.

(٧) الرازي، المحصول، ١/١١٢، الآمدي، الإحكام، ١/١١٢، البخاري، كشف الأسرار، ١/٣٧٩، وانظر في معناه تعريف الغزالي، المستصفى، ١/١٧٨، القرافي، نفائس الأصول، ١/٣٠٩.

(٨) الباقلاني، التقريب والإرشاد، ١/٣٠٣، وانظر المراجع السابقة.

## شرح التعريفين:

تصح العبادة إذا وافقت وطابقت أوامر الشارع وذلك بتوافر أركانها وشروطها المطلوبة، وهو شبيه بتعريف الصحة بإطلاق؛ وتختص العبادة بسقوط القضاء، فمن أدّى العبادة وفق ما يراه مكتملاً ثم تبين له خلاف ذلك، كصلاة من ظن الطهارة، ثم تبين حدثه، تعتبر صحيحة عند المتكلمين، وباطلة عند الفقهاء؛ لأنها لم تُسقِط القضاء[١].

والقضاء في التعريف -على الراجح- هو أداء العبادة في الوقت أو بعد الوقت، بحسب زمن علمه بحدوث الخلل، وبهذا يشمل الإعادة والقضاء اصطلاحاً[٢].

## تحرير محل الخلاف:

يرى القرافي أن محل الخلاف في معنى الموافقة لأمر الشارع، فهل يراد بها الموافقة في الأمر نفسه، وهو ما يراه الفقهاء، أو تكفي الموافقة في ظن المكلف، وهو ما يراه المتكلمون؟، وقصر القرافي الخلاف على معنى الصحة الشرعي أي الإذن الشرعي، دون الصحة العقلية أو العادية[٣]، فليست محلاً للنزاع، أما الصحة الشرعية فهي الوصف الذي اختلفوا في مدى انطباقه على الفعل، وتشمل في معناها الأحكام الشرعية كلها إلا التحريم[٤].

---

(١) الرازي المحصول، ١/١١٢، القرافي، تنقيح الفصول، ٧٦.

(٢) فسر البناني القضاء بفعل العبادة في الوقت أي بمعنى الإعادة اصطلاحاً. انظر حاشية البناني، ١/١٠٠، النملة، تحقيق شرح الأصفهاني، ١/٧٠، الزحيلي، تحقيق الكوكب المنير، ١/٤٦٥، والأرجح ما ذكر في متن الرسالة ويؤيده كلام ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٢/٤٥٤-٤٥٥.

(٣) الصحة العقلية هي إمكان الشيء وقبوله للوجود والعدم في نظر العقل، كإمكان العالم والأجسام، والصحة العادية كالمشي يميناً وشمالاً وأماماً، دون الصعود في الهواء، ولا تخلو الأفعال من الصحة العادية. انظر القرافي، تنقيح الفصول، ١٧٦، الزركشي، البحر المحيط، ٢/٤٥٠، الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٢/٤٣٠-٤٣٦، ابن النجار، الكوكب المنير، ١/٤٧٢.

(٤) القرافي، تنقيح الفصول، ٧٦، ١٧٦ وانظر القروي، الضياء اللامع، ١/٢١٧.

ونقل القرافي اتفاقاً بين الفقهاء والمتكلمين، في أنه إذا وافق الأمر أسقط القضاء وأجزأه الفعل، وكذلك إذا لم يوافق الأمر ولم يعلم الخلل سقط القضاء وأنه ملزم بالقضاء عند الفريقين، إذا اطلع على الخلل[١].

**أسباب الخلاف وثمرته والراجح فيه :**

يختلف الفقهاء والمتكلمون في حقيقة الموافقة المطلوبة، فهل يشترط أن تكون واقعية مسقطة للقضاء وهو مذهب الفقهاء، أم يكفي أن تكون ظنية في ظن المكلف وإن لم تسقط القضاء؟ وهل يوصف الفعل الذي لم يسقط القضاء بالصحة؟

كما اختلفوا في القضاء هل وجب بأمر جديد أو بالأمر الأول، فعند الفقهاء وجب بالأمر الأول الذي أبطل العبادة نفسها وأوجب القضاء فيها، وعند المتكلمين يجب القضاء بأمر جديد[٢].

ونقل الأصوليون خلافاً حول الأثر المترتب على اختلاف الفقهاء والمتكلمين، فمنهم من يرى أن الخلاف لفظي[٣]، ومنهم من يرى أن الخلاف معنوي[٤]. وحجة الأولين أنّ الفريقين متفقان على وجوب القضاء إذا تبين الحدث، وإن وصفت الصلاة بالصحة، فليس كل صحيح يُسقط القضاء عند الفقهاء[٥]، وحجة الآخرين وقوع الخلاف في مسائل الفقه كصلاة فاقد الطهورين، والمتيمم في الحضر لفقد الماء وغيرها[٦].

---

(١) القرافي، تنقيح الفصول، ٧٦، بتصرف.

(٢) ابن قاسم العبادي، الآيات البينات، ١/١٩٩.

(٣) كالغزالي والآمدي والقرافي والطوفي والسبكي، انظر مؤلفاتهم على الترتيب المستصفى، ١/١٧٨، الإحكام، ١/١١٢. تنقيح الفصول، ١٧٦، شرح مختصر الروضة، ١/٤٤٤، الإبهاج، ١/٦٧، المطيعي، سلم الوصول، ١/٩٨.

(٤) كالإسنوي والزركشي، ونقل عن ابن الحاجب في البحر المحيط، انظر المؤلفات نهاية السول، ١/٩٩، البحر المحيط، ١/٣١٥.

(٥) انظر السبكي، الإبهاج، ١/٦٧ بتصرف، عبد الكريم النملة، الخلاف اللفظي عند الأصوليين، ١/٢٩٥.

(٦) الإسنوي، نهاية السول، ١/٩٩، الأصفهاني، الكاشف على المحصول، ١/٢٧٧.

ونقل الزركشي تناقضاً عند الفقهاء بين تعريفهم للصحة وتطبيقهم في المسائل، إذ يصرحون في كتبهم الفقهية أن الصحيح نوعان، ما أسقط القضاء وما لم يسقطه، ونقل عنهم في باب صلاة الجماعة، وشروط الإمامة، بأن صلاة الإمام الصحيحة إما أن تكون مغنية عن القضاء أو لا تكون[١]، ونقل السبكي أيضاً انقسام الصحة عند الفقهاء إلى نوعين، ما أسقط القضاء، وما لم يسقط القضاء، ويرفض السبكي أن يكون سقوط القضاء شرطاً في حد الصحة عند الفقهاء، وأن ما يطلقون عليه صلاة فاسدة –لمن ظن الطهارة– ليس لعدم سقوط القضاء، بل لأن شرط الصلاة مفقود وهو الطهارة، وبدونها تفسد الصلاة[٢].

والراجح في ظني وإن نُقل تناقضٌ عند الفقهاء في حد الصحة وتطبيقه، أنْ لا يوصف الفعل بالصحة والقضاء معاً، فكيف يؤمر المكلف بالأداء والقضاء معاً! فإن كان فقهاؤنا اختاروا في الصحة سقوط القضاء وهم أصحاب الفن في ذلك، فاختيارهم أولى من تعريف المتكلمين فهم الأبعد عن ميدان التطبيق، واختلاف التطبيق عن القاعدة ليس بالضرورة قادحاً في سلامتها، فقواعد الأصول ليست كحد السيف، بل المخالف للقاعدة قد يغلب على الموافق لها في كثير من المسائل الفقهية، خاصة في القواعد الأصولية التي زاد الخلاف فيها والنزاع عن حد الفائدة الفقهية.

وتعريف الفقهاء هو الأنسب لغةً، كما قال بعض الأصوليين [٣]، لأن الآنية إذا كانت صحيحة من جميع الجهات إلا جهة واحدة، فإن العرب لا تسميها صحيحة، وإنما تسمي الصحيح ما لا كسر فيه البتة بطريق من الطرق[٤]، والراجح – في ظني– أن الخلاف بين الفقهاء والمتكلمين لفظي لا أثر له[٥]، فالقضاء واجب عند الجميع إذا تبين الخطأ، وأما قبل

---

(١) الزركشي، البحر المحيط، ٣١٤/١.

(٢) السبكي، الإبهاج، ٦٧/١.

(٣) وهو قول القرافي والطوفي والزركشي، انظر مؤلفاتهم بالترتيب: تنقيح الفصول ٧٦، شرح مختصر الروضة، ٤٤٤/١، البحر المحيط، ٣١٣/١-٣١٤.

(٤) المراجع السابقة، ولقد رجح السبكي قول المتكلمين؛ لأن الصحة لغة تقابل المرض، فتعريف المتكلمين عنده جيد، انظر الإبهاج، ٦٧/١.

(٥) يرى الحصني أن المسائل الفقهية التي تعتبر ثمرة للخلاف في تعريف الصحة، وقع خلاف بين الشافعية في تسميتها صحيحة أو باطلة، كصلاة من لم يجد ماءً ولا تراباً، ويرجح تعريف المتكلمين، انظر القواعد، ٢١٦/٢-٢١٧.

العلم بالخطأ فالظن كافٍ في صحة الأداء عند الجميع، ولكن الذي لا يقبل اجتماع الصحة والقضاء بعد العلم بالخلل، بل إن الخلل إذا تبين فلا يبقى الفعل صحيحاً، ولا حرج في تغير وصفه، وخلاف الفقهاء والمتكلمين في الصحة في العبادات، يمكن إدراجه ضمن الخلاف الأول في تعريف الصحة بمعناها المطلق، فيناسب تعريف الفقهاء الصحة بمعناها المطلق، لأن الآثار لا تترتب ولايتحقق الغرض المشروع إلا بسقوط القضاء، وتعريف المتأخرين للصحة أولى بالترجيح لكونه عرّف الصحة بموافقة أمر الشرع، وهو أهم بنود التعريف، وبهذه الموافقة يكون تحقق الأركان والشروط وترتب الآثار وهو بهذا، يجمع بين تعريفات الصحة بمعناها المطلق والصحة في العبادات، والتي اهتمت بقضية موافقة أمر الشارع، وهو الأساس في تعريف الصحة[1]، وأضاف إلى سابقيه عبارة "ذي الوجهين" لبيان صور الفعل والتي تحتمل الصحة وتحتمل البطلان، مع استثناء التي لا تحتمل إلا معنى واحداً.

---

(١) يرتبط لفظ الصحة عند الأصوليين بالإجزاء، والثاني أخص من الأول. فهو الاكتفاء بالفعل وسقوط القضاء عن العبادة لوقوعها مكتملة الشروط والأركان، بينما الصحة توصف بها المعاملات مع العبادات فيقال بيع صحيح، نكاح صحيح، بينما الإجزاء للعبادات فقط، وكذلك ما يقع على وجه واحد لا يوصف بالإجزاء كمعرفة الله تعالى، انظر الزركشي، البحر المحيط، ٣١٩/١، الأصفهاني، الكاشف، ٢٨٤/١.

# المبحث الثاني

# تعريف البطلان والفساد لغةً واصطلاحاً

ويتضمّن المبحث الثاني المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف البطلان والفساد لغةً.

المطلب الثاني: تعريف البطلان والفساد اصطلاحاً.

## المطلب الأول: تعريف البطلان والفساد لغةً:

### البطلان لغةً:

أصلها بَطَل، ومعناها ذهب ضياعاً وخسراً، ويقال بَطَل الشيء يَبْطلُ بُطلاً وبُطولاً وبُطْلاناً فهو باطل، وذهب دمه بُطْلاً أي هَدَراً، وبَطَل في حديثه بَطَالة وأبطل، هزل، والباطل نقيض الحق، والجمع أباطيل أو بواطيل، وسمّي الشجاع بطلاً؛ لأنه يبطل العظائم بسيفه، وبَطَل الأجير، يَبْطل بَطالة وبِطالة أي تعطّل[1]، ويسمى الشيطان الباطل، لأنه لا حقيقة لأفعاله، ولكل شيء منه، فلا مرجوع له ومعوّل عليه[2].

### مدلول كلمة الباطل في القرآن:

جاءت كلمة الباطل في القرآن الكريم، للدلالة على معانٍ متعددة منها[3]:

١- الشرك، كما في قوله تعالى: ﴿جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ﴾، الإسراء: ٨١. وقوله: ﴿لِيُحِقَّ الْحَقَّ وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ﴾، الأنفال: ٨، وقوله: ﴿أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ يَكْفُرُونَ﴾، العنكبوت: ٦٧، وغيرها من الآيات التي أفادت المعنى نفسه.

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ٥٦/١١ مادة بطل، الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ٣٣٥/٣، مادة بطل، الزمخشري، أساس البلاغة، ٦٥/١.

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة بطل، ٢٥٨/١.

(٣) انظر في تفسير هذه الآيات ومعانيها، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن.

٢- الشيطان، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا بِالْبَاطِلِ وَكَفَرُوا بِاللَّهِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾، العنكبوت: ٥٢، وفسرها بعضهم بمعنى الأصنام، وقوله تعالى: ﴿قُلْ جَاءَ الْحَقُّ وَمَا يُبْدِئُ الْبَاطِلُ وَمَا يُعِيدُ﴾، سبأ: ٤٩، وقوله: ﴿لاَ يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلاَ مِنْ خَلْفِهِ تَنزِيلٌ مِنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ﴾، فصلت: ٤٢، فالباطل هنا تأتي بمعنى الشيطان وبمعنى الكذب أيضاً، وتأتي في مواضع بمعنى الأصنام كما في قوله: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ وَأَنَّ مَا يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ هُوَ الْبَاطِلُ﴾، الحج: ٦٢.

٣- نقيض الحق أي الظلم، كما في قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾، النساء: ٢٩، والباطل هنا صور الخداع والغش والتغرير المتعددة.

٤- الإعدام والإحباط كما في قوله تعالى: ﴿لاَ تُبْطِلُوا صَدَقَاتِكُمْ﴾، البقرة: ٢٦٤. وقوله: ﴿إِنَّ هَؤُلاَءِ مُتَبَّرٌ مَا هُمْ فِيهِ وَبَاطِلٌ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾، الأعراف: ١٣٩، وقوله: ﴿وَيُبْطِلَ الْبَاطِلَ﴾، الأنفال: ٨، فإبطاله يكون بإعدامه وإزالته، وقوله: ﴿فَوَقَعَ الْحَقُّ وَبَطَلَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾، الأعراف: ١١٨، وقوله: ﴿قَالَ مُوسَى مَا جِئْتُمْ بِهِ السِّحْرُ إِنَّ اللَّهَ سَيُبْطِلُهُ﴾، يونس: ٨١.

٥- اللهو واللعب كما في قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا مَا خَلَقْتَ هَذَا بَاطِلاً﴾، آل عمران: ١٩١.

واستعمالات النص القرآني لكلمة الباطل وثيقة الصلة بالمعنى اللغوي لها؛ فكل المعاني التي دلت عليها كلمة الباطل بحسب مواضعها، أفادت ما هو نقيض الحق -على اختلاف معنى الحق-، وما لا نفع منه فهو هَدَر، وكذلك ليست المعاني السابقة بعيدةً عن معنى الباطل اصطلاحاً من حيث معناها الإجمالي كما سيتضح لاحقاً، فما هو هدر لا أثر له.

**الفساد لغة:**

هو نقيض الصلاح، وأصلها من فسد، يَفْسُد ويُفسِدُ، وفَسُدَ فساداً وفسوداً، فهو فاسد، وتفاسد القوم تدابروا وقطعوا الأرحام، واستفسد السلطان قائده، إذا أساء إليه حتى

استعصى عليه، والمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح[١]، وفي القرآن: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾، الروم: ٤١، أي الجدب في البر، والقحط في البحر[٢].

## مدلول كلمة الفساد في القرآن[٣]:

جاءت كلمة الفساد في القرآن للدلالة على معانٍ منها:

١- الشرك كما في قوله تعالى: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ﴾، المائدة: ٣٢، قيل إن الفساد في الآية بمعنى الشرك، وقيل قطع الطريق، وقوله تعالى: ﴿وَرَبُّكَ أَعْلَمُ بِالْمُفْسِدِينَ﴾، يونس: ٤٠، أي من يُصرّ على كفره، وفي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الأَرْضِ﴾، الرعد: ٢٥، وإفسادهم في الآية هو الشرك بالله تعالى، وقد تكرر هذا المعنى للفساد في مواضع متعددة في القرآن.

٢- الظلم[٤] وتقطيع الأرحام وإحداث الضرر للناس من قتل وسفك دماء، وسائر وجوه الفساد وهي ما يسمى نقيض الصلاح والآيات في هذا المعنى هي الأعم الأغلب، منها قوله تعالى: ﴿وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لاَ يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾، البقرة: ٢٠٥، والآية فسَّرت المعنى المقصود من الفساد، وقوله: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ لاَ تُفْسِدُوا فِي الأَرْضِ قَالُوا إِنَّمَا نَحْنُ مُصْلِحُونَ﴾، البقرة: ١١، ويحتمل الفساد في هذه الآية معنى الكفر وموالاة أهله وتفريق الناس عن الإيمان بمحمد ﷺ، وقيل الفساد بمعنى فعل المعاصي، وفي قوله تعالى: ﴿قَالُوا أَتَجْعَلُ

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ٣/٣٣٥، مادة فسد، ابن درستويه، تصحيح الفصيح، ١/١١٩، الزمخشري، أساس البلاغة، ٢/٢٢.

(٢) ابن منظور: لسان العرب، ٣/٣٣٥.

(٣) انظر في تفسير هذه الآيات القرطبي، الجامع لأحكام القرآن.

(٤) يرى أبو البقاء أن الفساد أعم من الظلم؛ لأن الظلم نقص، فمن سرق مال غيره فقد نقص حق غيره، والفساد يقع على ذلك ويقع على الابتداع واللهو واللعب، انظر الكليات، ٣/٣٤٨.

تعالى: ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَادًا﴾، المائدة: ٦٤، والفساد هو الحرابة وهو المعنى نفسه من الظلم وإيذاء البشر، وفي قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَعْثَوْا فِي الأَرْضِ مُفْسِدِينَ﴾، البقرة: ٦٠، والعيث هو شدة الفساد[١].

٣- معنى السحر كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللّهَ لاَ يُصْلِحُ عَمَلَ الْمُفْسِدِينَ﴾، يونس: ٨١، وهي في معرض الرد على السحرة أعوان فرعون، الذين أطلق عليهم لفظ المفسدين.

٤- الهلاك وهو في قوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلاَّ اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾، الأنبياء: ٢٢. أي هلكت السموات والأرض ومن فيهن بتعدد الآلهة، وكذا قوله: ﴿وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ لَفَسَدَتْ السَّمَاوَاتُ وَالأَرْضُ﴾، المؤمنون: ٧١.

٥- عقاب الله بالقحط وقلة النبات، وذهاب البركة بسبب المعاصي، كما في قوله تعالى: ﴿ظَهَرَ الْفَسَادُ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾، الروم: ٤١.

يلاحظ مما سبق أن معنى الفساد الأعم هو نقيض الصلاح بما يشمله من أضرار كالكفر والظلم والقتل وسفك الدماء وقطع الطريق والسحر وغيرها، فكلها أفعال تخلو من الصلاح والإستقامة، وتقترب من معنى البطلان، إذ إنّ نقيض الحق ونقيض الصلاح، يلتقيان في معنى الشرك والظلم والإهلاك كما دلت عليه آيات القرآن الكريم.

والبطلان والفساد يشتركان في المعنى في بعض الأحيان، وقد يختلفان أحياناً أخرى ولقد اعتمد الجمهور حقيقة الترادف بينهما، واعتمد الحنفية الاختلاف بينهما في التفريق بين الباطل والفاسد، وكلا الأمرين ممكن وفق المعاني المطروحة عند اللغويين وفي الآيات القرآنية، لكن الحنفية فرّقوا وفق معايير أخرى سأذكرها في مواضعها، مع بيان من وافقهم من اللغويين فيها.

---

(١) انظر التفريق بين العثو والفساد، أبو الهلال العسكري، الفروق في اللغة، ٢٠٨.

## المطلب الثاني: تعريف البطلان والفساد اصطلاحاً.

اختلف الأصوليون في تحديد الفرق بين البطلان والفساد، وتعريف كلٍ منهما، على ثلاثة مذاهب جمهور العلماء ومن وافقهم، ومذهب الحنفية ومن وافقهم، ومذهب المتأخرين وذلك تبعاً لاختلافهم في تعريف الصحة.

### ١- مذهب جمهور العلماء:

تعددت عبارات جمهور الأصوليين في تعريف البطلان والفساد، إلا أنّها اتفقت في إفادة الترادف بينهما، وفي الدلالة على معنى انعدام الغرض أو الأثر من العبادة أو المعاملة، ومنهم من عرّف البطلان فقط[١]، اكتفاءً به، ومنهم من عرّف الفساد فقط، وذلك لترادفهما عنده.

ومن تعريفات الجمهور ما يلي:

١- عرف البصري الباطل بأنه: "نفي حصول الغرض" أي أنه لم يستوف شرائطه التي يتوقف عليها حصول الغرض بالفعل[٢].

٢- عرف السمعاني الفاسد بأنه "ما لا يتعلق به النفوذ، ولا يحصل به المقصود"[٣].

٣- عرف البيضاوي الباطل بقوله "كون الشيء لم يستتبع الغاية"[٤].

### الشرح والتعليق:

جاءت تعريفات الأصوليين على الضد من تعريف الصحة السابق، فإذا كانت الصحة هي حصول الغرض من التشريع، وترتب الآثار المقصودة بالعبادات والمعاملات وهي الغاية من تشريعها، فإن البطلان هو عدم ذلك كله، لخلل يكتنف العبادة أو المعاملة

---

(١) انظر الجويني، الكافية في الجدل، ٣٢، الآمدي، الإحكام، ١١٣/٣، الزركشي، البحر المحيط، ٣٢٠/١، آل تيمية، المسودة، ٨٠.

(٢) البصري، المعتمد، ١٨٤/١، وقد صرح بترادف الباطل والفاسد.

(٣) السمعاني، قواطع الأدلة، ٤١ وانظر نفسه تعريف الجويني، الورقات مع التحقيقات، ١١٧.

(٤) البيضاوي، المنهاج مع نهاية السول، ٩٦/١.

من نقص في الأركان أو الشروط، ولقد ربط الزركشي تعريف البطلان عند العلماء بتعريف الصحة لديهم، حيث جاء تعريف البطلان على النقيض من تعريفهم للصحة فمن عرّف الصحة بوقوع الفعل كافياً في إسقاط القضاء، عرّف البطلان بوقوعه غير كافٍ لإسقاط القضاء[١]، ومن العلماء من اهتم في تعريفه بذات الخطاب الشرعي، فعرف البطلان بعدم موافقة الخطاب، ومنهم من اهتم بثمار الفعل ومقاصده، فعرفه بعدم الغرض والغاية[٢].

**٢- مذهب الحنفية:**

يفرق الحنفية بين البطلان والفساد، من حيث الأصل والوصف، وتدرجت التعريفات لديهم، وتطورت مع تطور النظرة في مفهوم البطلان والفساد، ويكفي في هذا الموضع بيان المعنى الاصطلاحي بإيجاز، إذ سأعقد فصلاً خاصاً بمذهب الحنفية دراسة ومتابعة لتطور الأمر لديهم، وقد اقتضى اكتمال الصورة في مطلب التعريف، أن أعرض مذاهب العلماء المختلفة، وتعريفاتهم كمدخل لدراسة الأمر فيما بعد.

١- عرف السمرقندي الباطل بأنه ما كان فائت المعنى من كل وجه، مع وجود الصورة، إما لانعدام محل التصرف كبيع الميتة، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع المجنون والصبي الذي لا يعقل[٣].

وعرّف الفاسد بأنه ما كان مشروعاً في نفسه، فائت المعنى من وجهٍ لملازمةِ ما ليس بمشروع إياه في حكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة[٤].

وتعريف السمرقندي أشبه بالشرح والتفصيل، فالبطلان يختلف عن الفساد بصورة واضحة، فالثاني مشروع بخلاف الأول، وفوات المعنى في الأول من كل وجه بخلاف الثاني، فالفوات فيه من وجه الملازمة، وهو ما أطلق عليه من جاء بعد السمرقندي الوصف اللازم.

---

(١) الزركشي، البحر المحيط، ٣٢٠/١.

(٢) البغا، درء المفسدة، ٦٠.

(٣) السمرقندي، ميزان الأصول ٣٩، وانظر الجرجاني، التعريفات، ٤٣.

(٤) المرجع السابق الأول.

٢- عرف البخاري الباطل بأنه ما لم يشرع بأصله ووصفه، وعرف الفاسد بأنه ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه[١]. وهو ما درج عليه أصوليو الحنفية وفقهاؤهم[٢].

فالبطلان مردّه إلى خلل في الأصل، بأن يتوجه النهي إلى ذات المنهي عنه، أو يكون النهي بسبب الخلل والقبح المتعلق بالذات، بينما الفساد مرده إلى الخلل في الوصف إذ إن الذات سليمة من القبح، ولكن النهي توجه إليها بسبب اتصالها بوصف قبيح ملازم لها.

ويرتبط منهج الحنفية في التفريق بينهما، بقواعد النهي واقتضائه للبطلان أو الفساد، والذي سيتم شرحه وافياً -بإذنه تعالى- في فصول لاحقة، يتحدد منها موقف الحنفية بوضوح أو حقيقة الفرق بين البطلان والفساد وبين الأصل والوصف، وتحرير محل خلاف العلماء في المسائل كلها.

**٣- مذهب المتأخرين:**

وهم الذين عرّفوا الصحة بموافقة الفعل ذي الوجهين لأمر الشارع تأثراً بتعريف المتكلمين أو هو تعريف المتكلمين نفسه، كما قال بعض الأصوليين[٣]، فإذا كانت الصحة لديهم هي موافقة ذي الوجهين الشرع، فالبطلان ضده.

عرف السبكي البطلان بقوله: البطلان مقابل الصحة، فيكون مفاده[٤]:

"عدم موافقة ذي الوجهين الشرع" والبطلان يرادف الفساد عنده[٥]. والسبكي من جمهور العلماء، القائلين بالترادف، إلا أن عبارة التعريف عنده اختلفت.

وتبع المطيعي السبكي وعرف البطلان بقوله "مخالفة الفعل ذي الوجهين الشرع"[٦].

---

(١) البخاري، كشف الأسرار، ٣٨٠/١.

(٢) النسفي، المنار، ٨٨/١، ابن الهمام، تيسير التحرير، ٢٣٦/٢، الفناري، فصول البدايع، ٢٩٠/١، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٦٩/٧، ولم يتعرض لتعريف البطلان والفساد كل من: البزدوي، والجصاص، والسرخسي.

(٣) القروي، الضياء اللامع على جمع الجوامع، ٢١٣/١.

(٤) المرجع السابق، ٢٢٧/١.

(٥) المرجع السابق، ٢٢٧/١.

(٦) المطيعي، سلم الوصول، ٩٦/١.

ومن شرح تعريف الصحة المتقدم، يتضح تعريف البطلان، فالفعل ذو الوجهين، يراد به الذي يقع تارة موافقاً للشرع فيكون صحيحاً، ويقع غير موافق له فيكون فاسداً[١]. وموافقته أمر الشرع هو حال الصحة، ومخالفته إياه هو حال البطلان، وزيادة الأمر عند المطيعي أن الصحة لابد أن تكون موافقة الشرع أصلاً ووصفاً، والبطلان وهو مخالفة الشرع أصلاً، والفساد مخالفته إياه وصفاً.

**تعريف الزرقا:**

لم أعثر على تعريف للبطلان والفساد عند المحدثين، باستثناء تعريف الشيخ الزرقا[٢]، الذي اختصر فيه العبارة، وفرّق بين البطلان والفساد على وفق منهج الحنفية، حيث قال: "البطلان هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري، وآثاره في نظر الشارع"[٣].

و"الفساد هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقاً للفسخ"[٤].

وفي تعريف البطلان: يقصد الزرقا بالوجود الاعتباري، الوجود الذي اعتبره الشارع، وهو ما ارتكز عليه في تعريف الباطل؛ لأن الفعل قد توجد صورته الحسية دون الاعتبارية التي أقرها الشارع[٥]، وهذا يقابل قول الحنفية عن الباطل أنه غير مشروع، ولم يهتم الشيخ في تعريف الباطل بالأصل والوصف، حيث اكتفى بفقد الوجود الاعتباري للدلالة على فقد أصل الفعل.

---

(١) القروي، الضياء اللامع، ٢١٣/١.

(٢) يُنسب الشيخ إلى المذهب الحنفي، إلا أن تعريفه انفرد في الصياغة عن تعريف الحنفية، فاستحق أن يفرد بالذكر مع المتأخرين.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٤٣/٢.

(٤) الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٨٧/٢.

(٥) المرجع السابق ٦٤٣/٢.

أما في تعريف الفساد: فقد علق عليه الشيخ تعليقاً يصوّر حقيقة الفساد، وهو يرى أن الفساد خلل اعتباري في العقد، وبين أثر الفساد باستحقاقه الفسخ، وبأنه وقــع منعقــداً[١]، ولكن الشيخ لمّا عرّف موضع الفساد قال ناحية فرعية متممة، وهي لا تكفي لبيان فــرق الوصف عن الأصل، ويلحظ عليه أيضاً أنه يعرّف العقد الفاسد فقط، لا عموم الفساد فــي العبادات وغيرها، ولعل هذا ترجيح منه على تحديد نطاق الفساد في المعاملات فقط.

**خلاصة ما سبق:**

لا يسعني من خلال هذا العرض الموجز أن أصل إلى نتائج ترجيحية بين مذهبيــن رئيسين هما قول القائلين بترادف البطلان والفساد، وقول القــائلين بــالاختلاف بينــهما، فالصورة لم تكتمل، وأسباب الخلاف، وآراء كل فريق بتفصيلاتها وأدلتها لم تعرض بعد، وليس من الحكمة أن أرجح في هذا الفصل الذي أردته مدخلاً توضيحياً لموضوع البطلان والفساد، فالترجيح في التعريف هو جوهر الخلاف في المسألة بل هو الثمرة الوحيدة فــي المسألة التي تعلقت بها مسائل الفقه، وليست التعريفات هنا تمــهيداً منفصــلاً عــن لــب الدراسة، بل هي أساسها، ولكن قدّمتها لرسم معالم الطريق بشرح أوّلي، ثم التفصيل، فــلا يُفصل الحديث في أوصاف الحكم الشرعي بالبطلان والفساد، عن مذهب العلماء الأصولي في دلالة النهي على البطلان أو الفساد.

ولقد اختلف العلماء في أثر الخلاف السابق في التفريق بين تعريف البطلان والفساد هل هو لفظي أو فقهي؟ فمنهم من يرى أنّ الخلاف لفظي[٢]، وأنه واقع في التسمية فقط[٣]،

---

(١) الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٨٧/٢، ورجح الزحيلي تعريف الزرقا للاعتبارات التي ذكرها الزرقــا، انظر النظريات الفقهية، ٩٧.

(٢) الرازي، المحصول، ١١٣/١، الغزالي، المستصفى، ١٧٩/١، المحلي، شرح جمع الجوامــع مــع البناني، ١٠٧/١، الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ٧٦، ابــن بــدران، نزهــة الخــاطر، ١٦٧/١. عبد الكريم النملة، الخلاف اللفظي، ٣٠١-٣٠٣. قره داغي، مبدأ الرضا، ١٧٠، البغــاء، درء المفسدة، ٦٦.

(٣) المحلي، شرح جمع الجوامع مع البناني، ١٠٧/١، ابن بدران، نزهة الخاطر، ١٦٧/١، عبد الكريم النملة، الخلاف اللفظي، ٣٠٣.

وهذا منهج غير دقيق فمسائل الفقه تثبت عكس ذلك، خاصة في باب المعاملات، ومنهم من يرى أن الخلاف فقهي لم ينشأ عن التسمية وإنما نشأ عن الدليل الذي قام عنده[(١)].

والذي أرجحه أن الخلاف في المسألة حقيقي في بعض أبواب الفقه، ولفظي في أبواب أخرى -كما ستوضح الدراسة- والقائلون بدعوى الترادف يستثنون بعض المسائل بعلة ورود الدليل فيها[(٢)]، ومنهم من يرجح مذهب الحنفية بالتفريق بين البطلان والفساد؛ لأنه الأنسب لغة، وهو مذهب القرافي فقال "إن الطعام إذا تغيّر مع بقائه يقال له فسد، وكذلك الثمرة إذا أصابها عفن أو ريح مفسدة، يقال لها فسدت إن كانت عينها باقية، وإن ذهب الطعام كله، بأن أكل أو سرق. يقال هلك أو بطل لا فسد"[(٣)]، وقد أشار أبو البقاء[(٤)] إلى هذا المعنى، مبيّنا الفرق بين البطلان والفساد لغة، فالتفريق بينهما قائم وثابت باللغة وبالفقه، إلا أن الأمر يحتاج إلى تفصيل قبل الترجيح.

---

(١) طه جابر علوان، تحقيق المحصول، ١١٥/١.

(٢) الإسنوي، نهاية السول، ٩٦/١، وغيره كثير كما سأبين.

(٣) القرافي، نفائس الأصول، ٣١٠/١، وانظر النسفي، كشف الأسرار، ١٤٨/١.

(٤) أبو البقاء، الكليات، ٣٤٨/٣.

# الفصل الثاني

## تحرير محل الخلاف بين الأصوليين في الفرق بين البطلان والفساد، وفي دلالة النهي عليهما

إن أساس النظر في البطلان والفساد، وبيان حقيقة الخلاف فيها، يقوم على دراسة مذاهب العلماء في دلالة النهي على البطلان أو الفساد، بتوضيح وتفصيل، يخدم المعنى ويزيل الغموض.

والارتباط بين الأمرين واضح ظاهر، بالرغم من أن البطلان والفساد من مباحث الحكم الشرعي، التي في الغالب تعرض في بداية المؤلفات الأصولية عند علمائنا، ثم يتبعها في باب النواهي بيان حقيقة الخلاف السابق من خلال قاعدة النهي المذكورة.

وهذه العادة جارية في التأليف عند الأصوليين، حيث يتحدثون في مباحث الحكم الشرعي عن الواجب والمندوب والحرام والمكروه والمباح، ثم يؤخرون عرض القواعد الأصولية ذات الصلة بها إلى باب الأوامر والنواهي، وهذا من باب تقسيم العرض وفق المنهج الذين يرونه مناسباً.

والبطلان والفساد من آثار النهي الشرعي، فما نهى عنه الله سبحانه وتعالى لوجه من الوجوه، يرتبط به الوصف الشرعي للمنهي عنه كأثر من الآثار من الحرمة أو الكراهة،ومع بيان علة النهي، ومحل القبح فيه، وطبيعة الأمر المنهي عنه؛ عبادة أو معاملة، أفعالاً حسية أو شرعية، ثم تعطى بعدها الوصف المناسب من البطلان أو الفساد أو الصحة. وعلى اختلاف العلماء في هذه الأوصاف، هل هي أحكام عقلية أو شرعية، فهي أوصاف توسم بها الأفعال المنهي عنها، ومرتبطة بدلالة النهي فيها.

وبناءً على ما سبق تم ترتيب الفصل على المباحث التالية:

**تمهيد في مفهوم النهي.**

**المبحث الأول: تحرير محل الخلاف في دلالة صيغة النهي، وبيان النهي المطلق والمسائل المتعلقة به.**

**المبحث الثاني: بيان النهي المقترن بقرينة والمسائل المتعلقة به.**

# تمهيد في مفهوم النهي

يتضمن التمهيد عرضاً لتعريف النهي لغة واصطلاحاً، والصيغ الدالة عليه، ومقارنة بين الأوامر والنواهي.

## أولاً: تعريف النهي لغة.

النهي لغة خلاف الأمر، وتقول العرب نهاه يَنْهاه نهياً، فانتهى وتناهى بمعنى كفّ، ومن صيغ المبالغة أن يقال إنه لأمورٌ بالمعروف نهوٌ عن المنكر، على وزن فعول، والنهاية هي الغاية حيث ينتهي إليها الشيء، والنُّهى العقل يكون واحداً وجمعاً، قال تعالى: ﴿إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِأُوْلِي النُّهَى﴾، طه: ٢٨، والنُّهية العقل أو سميت بذلك لأنها تنهى عن القبيح[١].

## ثانياً: تعريف النهي اصطلاحاً.

اختلفت مناهج الأصوليين في تعريف النهي، كما اختلفت في تعريف الأمر، إذ النهي ضد الأمر، فالبيضاوي اكتفى ببحث تعريف الأمر واستغنى به عن تعريف النهي بناء على الضدية بينهما[٢]، ومن التعريفات الواردة في حد النهي.

١- تعريف أبي الحسين البصري بأنه: "قول القائل لا تفعل على جهة الاستعلاء"[٣].

٢- تعريف الشيرازي بأنه: "استدعاء الترك ممن هو دونه"[٤].

٣- تعريف الجويني بأنه: "استدعاء الترك بالقول ممن هو دونه، على سبيل الوجوب"[٥].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، مادة نهي، ١٥/٣٤٣-٣٤٤.

(٢) البيضاوي، المنهاج بشرح الإبهاج، ٢/٦٦(على سبيل المثال).

(٣) أبو الحسين البصري، المعتمد، ١/١٨١ وانظر السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٢، البخاري، كشف الأسرار، ١/٣٧٦، النسفي، المنار، ٢٥٨.

(٤) الشيرازي، التبصرة، ٢٩١، السمعاني، القواطع، ٢٢٢، ونقله البخاري في كشف الأسرار، ١/٣٧٦.

(٥) الجويني، الورقات مع التحقيقات، ٢١٣.

٤- تعريف السرخسي بأنه: "طلب مقتضى الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه، مع بقاء اختيار للمخاطب فيه"[(١)].

٥- ونقل البخاري تعريفاً للنهي بأنه: "اقتضاء كفٍ على جهة الاستعلاء"[(٢)]، وهو عند الزركشي "اقتضاء كف عن فعل"[(٣)]، دون اشتراط الاستعلاء.

**الشرح والتعليق على التعريفات:**

اشتملت التعريفات السابقة على معانٍ مشتركة، وإن اختلفت عباراتها، واختلفت في بعض القيود، فمثلاً تشترك جميعها في الترك سواء قلنا طلب ترك، أو استدعاء ترك، أو اقتضاء ترك وكف، أو طلب مقتضى الامتناع، وحتى قول القائل لا تفعل، تفيد كلها ترك المنهي عنه، وإن كانت الصيغة التي استخدمها البصري غير حدية، فلا تغطّي صيغ النهي جميعها، والاقتضاء هو ما يقوم بالنفس من الطلب[(٤)]، والطلب في النهي طلب ترك، وبهذا يحترز به عن الأمر الذي هو طلب فعل، ويلحظ من التعريفات اختلافٌ في شرط الاستعلاء والعلو، حيث شرط أبو الحسين الاستعلاء دون العلو وصححه الآمدي وابن الحاجب[(٥)]، وهو ما نقله البخاري أيضاً. والعلو هو هيئة في المتكلم، والاستعلاء هيئة في الكلام[(٦)]، واشتراط الاستعلاء هو الأولى؛ لأنه يحترز به عن الالتماس والدعاء وغيرها[(٧)]. ولم يشترطه الشيرازي حيث اعتبر العلو هو الشرط بأن يكون الطالب أعلى رتبة من المطلوب منه[(٨)].

---

(١) السرخسي، أصول السرخسي، ٧٨/١.

(٢) البخاري، كشف الأسرار، ٣٧٦/١.

(٣) الزركشي، البحر المحيط، ٤٢٦/٢، ولقد صرح الزركشي، أن العلو والاستعلاء ليس شرطاً، انظر البحر المحيط، ٣٤٧/٢.

(٤) البخاري، كشف الأسرار، ١٥٥/١ (في شرح حد الأمر).

(٥) الآمدي، الإحكام ٣٦٥/٢، ٤١٦، الإسنوي، نهاية السول، ٢٣٥/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٣٤٧/٢.

(٦) الإسنوي، نهاية السول، ٢٣٥/٢، فالعلو أن يكون الطالب أعلى رتبة، والاستعلاء هو طلب بغلظة ورفع الصوت.

(٧) البخاري، كشف الأسرار، ١٥٥/١.

(٨) الزركشي، البحر المحيط، ٣٤٧/٢، وهو شرط المعتزلة وابن السمعاني وغيرهما.

واختلف الأصوليون في ترجيح أحدهما أو في عدمهما معاً، مما لا مجال لتفصيله في التمهيد[١]، والأرجح في ظني اشتراط الاستعلاء دون العلو لتمييز النهي عن غيره، ولتحديد طلب الترك، وليترتب الأثر من الأجر أو الإثم بعد الامتثال أو الامتناع، وشرط الاستعلاء يغني عن العلو، والعكس ليس صحيحاً، وشرط الاستعلاء هو اختيار جمهور أهل السنة[٢].

أما تعريف السرخسي فقد زاد فيه قيداً، إذ أبقى للمخاطب اختياراً، يتناسب مع وجهة نظر الحنفية في دلالة النهي على الفساد فيما كان لوصف ملازم، فضرورة بقاء اختيار للمخاطب دليل عند الحنفية على عدم بطلان المنهي عنه -كما سيتبين فيما بعد- وفي هذا تضييق لنطاق النهي، فأنواع صيغ النهي متعددة ومنها ما ينعدم فيها اختيار المخاطب، ووفق فهم السرخسي نفسه في المنهي عنه لقبح عينه ينعدم فيه اختيار العبد، ولكنه يسمّى نهياً.

**الصيغ الدالة على النهي[٣]:**

١- صيغة لا تفعل، وهي من الصيغ الصريحة. مضارع مجزوم بلا ومنها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ﴾، الأنعام: ١٥١.

٢- الجملة الخبرية، سواءً أكانت اسمية أو فعلية نحو قوله تعالى: ﴿فَلاَ رَفَثَ وَلاَ فُسُوقَ وَلاَ جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾، البقرة: ١٩٧. ومثال الثاني نحو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾، المائدة: ٣.

٣- صيغة الأمر الدالة على النهي، كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾، المائدة: ٩٠.

---

(١) انظر كلام الإسنوي والمطيعي، والزركشي في المراجع التالية، نهاية السول، ٢/٢٣٧، سلم الوصول، ٢/٢٣٧، البحر المحيط، ٢/٣٤٧.

(٢) الشثري، الأمر صيغته ودلالته، ٢٢.

(٣) انظر إبراهيم السلقيني، مقدمة تحقيق المراد للعلائي، ١٥٨، أبو العينين، أصول الفقه، ٣٦٧.

٤- صيغة النهي نفسها، كقوله تعالى: ﴿وَيَنْهَى عَنْ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ﴾، النحل: ٩٠.

٥- نفي الحل، كما في قوله تعالى: ﴿لاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا﴾، النساء: ١٩.

## مقارنة بين الأمر والنهي:

يتفق الأمر والنهي في مواطن محددة، ويختلفان في أخرى، وملخص هذه المواطن على النحو التالي:

## مواطن الاتفاق:

١- اعتبار قيد الاستعلاء لكليهما على الراجح عند الجمهور[١].

٢- انقسام دلالة كل منهما إلى مراتب، فتقسم دلالة الأمر إلى الوجوب والندب والإباحة ويقسم النهي، إلى وجوب الامتناع وهو التحريم، وندب الامتناع وهو الكراهة[٢].

٣- جواز استعمال كلٍ منهما على خلاف ما تقتضيه صيغته مجازاً، حيث يستعمل الأمر والنهي في غير الوجوب والتحريم، كالدعاء والإرشاد وغيرهما من الصيغ الأخرى[٣].

## مواطن الاختلاف:

١- صيغة كل منهما، فصيغة الأمر دالة على طلب الفعل، ومنها قوله "افعل" وما يلحق بها، وصيغة النهي دالة على طلب الترك كقوله: "لا تفعل" وما يلحق بها[٤].

---

(١) البصري، المعتمد، ١/١٨١، وانظر الراجح في التعريفات.

(٢) السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٢٥.

(٣) البصري، المعتمد، ١/١٨١.

(٤) السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٢٣.

٢- دلالتهما على المرة أو التكرار، حيث يفيد مطلق الأمر عند بعضهم الفعل مرة واحدة، بينما يرجح آخرون أنه يقتضي الماهية فقط، بينما يقتضي مطلق النهي الكف عن الفعل على الدوام والتكرار، على الراجح عند الأصوليين(١).

٣- صفة القبح والحسن، إذ تثبت صفة الحسن في المأمور به، وتثبت صفة القبح في المنهي عنه(٢).

٤- حكم كل منهما، فيُفيد الأمر الوجوب أو الندب، على خلاف العلماء في ذلك، ويفيد النهي وجوب الامتناع عن المنهي عنه أو ندب الامتناع(٣).

٥- الصحة والفساد، فالأمر يقتضي الصحة بالإجماع، بينما النهي يقتضي الفساد على أحد القولين(٤).

٦- الفورية والتراخي، حيث إن الأمر لا يقتضي فورية أو تراخياً بل طلب الفعل فقط(٥) على الراجح، بينما يقتضي النهي الفورية على المشهور(٦).

---

(١) الزركشي، البحر المحيط، ٤٥٦/٢، ٤٣٠، وهي مسألة خلافية بين الأصوليين، فأوامر الشارع لا تدل عل التكرار إلا بقرينة دالة على ذلك، وفي المسألة أقوال منها أنه يقتضي التكرار وقيل التوقف، وقيل الماهية دون وحدة أو كثرة وهو الراجح، انظر الشثري، الأمر، ٥٠، بينما في النهي ليتحقق الامتثال لابد من تكرار الامتناع وعدم الفعل مرة واحدة، وإن كان من الأصوليين من يرى أنه لا يقتضي التكرار إلا بدليل انظر الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٠/٢.

(٢) البصري، المعتمد، ١٨٢/١، السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٢٤.

(٣) المرجعان السابقان.

(٤) الزركشي، البحر المحيط، ٤٥٦/٢.

(٥) الشثري، الأمر صيغته ودلالته، ٥٦، والمسألة خلافية.

(٦) الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٣/٢.

# المبحث الأول

# تحرير محل الخلاف في دلالة صيغة النهي، وبيان النهي المطلق والمسائل المتعلقة به

قسم الأصوليون صيغة النهي إلى عدة أنواع من حيث اقترانها بالقرينة الدالة على قبح المنهي عنه، ووقع خلافهم في بعض هذه الأنواع وفي دلالتها على البطلان أو الفساد، ولتوضيح ذلك، تضمن المبحث الأول المطالب التالية:

المطلب الأول: بيان تقسيمات الأصوليين لصيغة النهي وتحرير محل الخلاف فيها.

المطب الثاني: تعريف النهي المطلق، والأمثلة عليه.

المطلب الثالث: التفريق بين الحسيات والشرعيات.

## المطلب الأول: بيان تقسيمات الأصوليين لصيغة النهي وتحرير محل الخلاف فيها

اهتم الأصوليون والحنفية خاصة، بتقسيمات صيغة النهي، لارتباطها بالبطلان والفساد، وبالنظر والتتبع تبين لي، أن الحنفية هم أول من بدأ التقسيم، وعلى منوالهم، درج عامة الأصوليين والمتأخرون منهم خاصة. ولإظهار حقيقة الأمر، أعرض تقسيم الحنفية أولاً وكيفية تطوره، ثم من تبعهم من الجمهور.

### التقسيمات عند الحنفية:

ضمن إطار المصادر والمراجع الأصولية المتيسر الوصول إليها، بدا لي جلياً أن تقسيمات صيغة النهي ظهرت بوضوح عند الإمام الدبوسي ت (٤٣٠)، والسرخسي ت(٤٩٠هـ). إذ لم تنل حظاً عند من سبقهما كالإمام الجصاص ت (٣٧٥هـ)[1].

---

[1] الجصاص، الفصول في الأصول، ٣٣٦/١، وللإمام آراء في المسألة تختلف نوعاً ما عن منهج الحنفية المشهور، كما سأوضح، لذا لم يتعرض لخصوص أنواع صيغة النهي، بل عرض حكم دلالة النهي بإطلاقها. الجصاص هو: أحمد بن عليّ أبو بكر الرازي الجصاص عاش الفترة (٣٠٥-٣٧٠هـ) ولد في بغداد وسكن فيها وانتهت إليه رئاسة الحنفية، وسئل بالعمل بالقضاء=

وقسم الدبوسي والسرخسي صيغة النهي بحسب صفة القبح إلى نوعين هما[(١)]:

١- المنهي عنه للقبح في عينه كالعبث والسفه فهما قبيحان شرعاً، ومن العقود بيع الملاقيح والمضامين[(٢)]، والنهي فيها لأن الماء في الصلب والرحم لا مالية فيهما، فليست محلاً للبيع.

٢- المنهي عنه للقبح في غيره ويقسم إلى قسمين:

أ- ما هو قبيح لمعنى جاوره كوطء الرجل زوجته حال الحيض، فإنه حرام منهي عنه لمعنى الأذى وهو مجاور للوطء، ويلحق به البيع وقت النداء، والصلاة في الدار المغصوبة.

ب- ما هو قبيح لمعنى اتصل به وصفاً، ومثاله الربا في العقود، فالقبح فيها لانعدام المساواة في البدلين.

وتقسيم الدبوسي للنوع الأول أكثر دقة من السرخسي حيث ينقسم عند الدبوسي إلى نوعين ما قبح لعينه وضعاً وما التحق به شرعاً، وتبعه السمرقندي (ت٥٣٩)[(٣)] حيث قسّم النوع الأول وهو القبيح لعينه إلى نوعين كما فعل الدبوسي:

١- ما قبح لعينه وصفاً، وقيل عند غيره[(٤)] ما قبح لعينه وضعاً، مثاله الكفر والكذب والظلم.

٢- ما قبح لعينه مما هو ملحق به شرعاً كاللواط، وبيع الحر، والصلاة بغير طهارة[(٥)].

---

=فامتنع، تفقه على أبي الحسن الكرخي. وكان على طريقة من الزهد والورع، له مصنفات منها: أحكام القرآن، شرح مختصر الكرخي، شرح الجامع لمحمد بن الحسن، أصول الفقه وغيرها، وتوفي في بغداد، انظر ابن قطلوبغا، تاج التراجم، ١٧، الغزي، الطبقات السنية، ٤١٢/١.

(١) الدبوسي، تقويم الأدلة، ٥٢، السرخسي، أصول السرخسي، ٨٠/١-٨١، تفسير معنى القبح لعينه أعرضه في المبحث الثاني لهذا الفصل.

(٢) الملاقيح: بيع ما في أرحام الأمهات (بطون إناث الإبل). المضامين: بيع ما في أصلاب الأباء (ظهور الفحول). انظر، النسفي، كشف الأسرار، ١٤٣/١، الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٥٣/٦.

(٣) وتبع السمرقندي في تقسيمه الخبازي، المغني في أصول الفقه، ٧٢، ابن ملك، شرح المنار، ٢٥٩، الأنصاري، فواتح الرحموت، ٤٠٤/١.

(٤) الخبازي، المغني، ٧٢.

(٥) السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٢٦.

وهذا التقسيم أكثر وضوحاً وشيوعاً عند عامة الأصوليين، الحنفية والجمهور وهو الذي تُفرّع عليه مواطن الاتفاق والاختلاف، في دلالة النهي على البطلان أو الفساد.

ويضيف البخاري تفصيلاً، فيما قبح لعينه وضعاً، حيث يقسمه إلى نوعين:

١- قسم لا يحتمل أن يسقط القبح منه بحال، كالكفر وهو مقابل للإيمان.

٢- قسم يحتمل أن يسقط القبح منه كالكذب، فإن قبحه يسقط في إصلاح ذات البين، وفي الحرب وفي إرضاء المنكوحتين[١].

وتقسيم البخاري مستفاد من تقسيم البزدوي لمواطن الحسن في الأمر، والتي ذكرها في باب الأوامر، وأحال في النواهي عليها.

وينقل البخاري في كتابه كشف الأسرار، عن بعض الشروحات التي اطلع عليها، تقسيماً للقبح المتصل بالمشروع إلى ثلاثة أوجه[٢]:

١- اتصال كامل، ومثاله صوم يوم العيد، الذي لا يضمن بالشروع، ولا يتأدى به الكامل.

٢- اتصال وسط، ومثاله الصلاة في الأوقات المكروهة، فاتصال القبح فيها أقل من الصوم، وأكثر من اتصاله بالصلاة في الدار المغصوبة، لذلك لا يتأدى به الكامل، ويضمن بالشروع.

٣- اتصال ناقص، كالصلاة في الدار المغصوبة، فتثبت فيه الكراهة دون الفساد والنقصان، والقبح فيها على طريق المجاورة، لا الاتصال الحقيقي.

---

(١) البخاري، كشف الأسرار، ٤٢٤/١.

(٢) البخاري، كشف الأسرار، ٤٠٩/١.

وتقسيم البخاري السابق اقتصر على نوعين من أنواع صيغة النهي وهما، المنهي عنه لوصفه اللازم ويشمل حالتي الاتصال الكامل والناقص، والمنهي عنه لمجاور وهو الاتصال الناقص عنده، وكلها ضمن المشروعات كما قال البخاري، إذ هو تقسيم للقبح في المشروعات، وبهذا يكون القبح في المنهي عنه لوصفه الملازم على درجتين عند من يرى أن الصلاة في الأوقات المكروهة منهي عنها لوصفها الملازم، أو أن القبح في المنهي عنه لمجاور على درجتين، عند من يراه للمجاور وتكييف القبح عند البخاري مردّه إلى أنها تضمن بالشروع أو لا تضمن.

**التقسيمات عند الجمهور:**

لم يكن اهتمام المتقدمين من جمهور الأصوليين[١]، كاهتمام الحنفية في تقسيمات صيغة النهي، إذ لا يوجد عندهم صورة واضحة لهذه الأنواع وذلك مرده لاقتضاء النهي الفساد المرادف للبطلان في الصور كلها، باستثناء المنهي عنه لمجاور، أما عند الحنابلة فالفساد يعم الجميع باستثناء بعض الجزئيات التي تذكر في موضعها، وعند تتبع أقوالهم تجدهم يهتمون بالنهي المطلق ودلالته على الفساد، كالفراء والشيرازي، وابن عقيل[٢].

وأول من تجلى الأمر بوضوح عنده الغزالي، حيث قسّم المنهي عنه إلى المنهي عنه لعينه، ولغيره، ولوصفه[٣]، وهو ما درج عليه الحنفية، ثم يتبعه الرازي[٤] في تقسيم المنهي عنه إلى:

تمام الماهية، وجزء الماهية، وخارجٍ عن الماهية لازمٍ لها. وخارجٍ عن الماهية مفارقٍ. وتمام الماهية عنده وجزؤها هما المنهي عنه لعينه، إلا إنه قسمها إلى نوعين من حيث تمام القبح فيها أو في جزئها، أما الثالث فهو المنهي عنه لوصف ملازم، والرابع المنهي عنه لمجاور.

---

(١) انظر البصري، المعتمد، ١٨١/١، الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦/١، الجويني، الورقات مع التحقيقات، ٢١٤، ابن برهان، الوصول إلى الأصول، ١٨٧/١، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، الكلوذاني، التمهيد، ٣٦٩/١.

(٢) انظر مراجعهم على الترتيب، العدة ٤٣٢/٢، شرح اللمع، ٢٩٧، الواضح، ٢٤٢/٣.

(٣) الغزالي، المستصفى، ١٥١/١.

(٤) نقله القرافي عن الرازي في المعالم –ولم أجده– انظر القرافي، نفائس الأصول، ١٧٧٢/٤.

وبعد الرازي أصبحت تقسيمات صيغة النهي، أكثر تفصيلاً ووضوحاً جرياً على سنن الحنفية، ورداً عليهم فيما يرونه في بعض انواعه من القول بالبطلان أو الفساد.

خلاصة ما سبق يمكن القول أن تقسيم صيغة النهي كالتالي:

١- النهي المطلق.

٢- النهي المقترن بقرينة دالة على القبح وهو أنواع: المنهي عنه لقبح عينه، المنهي عنه لقبح الوصف الملازم والمنهي عنه لما جاوره.

## تحرير محل الخلاف:

اتفق الأصوليون في أنواع صيغة النهي ودلالتها، واختلفوا في مواطن محددة منها كما يلي:

١- اتفقوا على أن النهي المطلق، يصرف عن إطلاقه إلى معنى آخر، بحسب محل النهي فالنهي في الحسيات[١] يقتضي القبح لعينه باتفاق، أما النهي في الشرعيات فقد اختلفوا فيه، فعند الجمهور يقتضي القبح لعينه وعند الحنفية يقتضي القبح لوصف ملازم[٢]، وهو ما سيتم تفصيله في المباحث اللاحقة.

٢- اتفقوا على أن المنهي عنه لقبح عينه يقتضي البطلان، واختلفوا في المنهي عنه لوصفه الملازم، حيث يقتضي البطلان عند الجمهور والفساد عند الحنفية، واختلفوا في المنهي عنه لمجاور، فيقتضي الصحة عند الجمهور، والبطلان عند الحنابلة[٣]، على ما سيأتي بيانه.

---

(١) تفصيل معنى الحسيات والتفريق بينها وبين الشرعيات سيتم في المطلب اللاحق.

(٢) انظر البخاري، كشف الأسرار، ٣٧٩/١، صدر الشريعة، التوضيح، ٢١٥/١، ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، ٤٥٣/١، المطيعي، سلم الوصول، ٢٩٦/٢، العلائي، تحقيق المراد، ٣٠٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٢/٢.

(٣) المراجع السابقة وانظر السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٣٨، ابن الحاجب، منتهى الوصول، ١٠٠، الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٤٣٠/٢، آل تيمية، المسودة، ١٨٣.

٣- اتفق الحنفية فيما بينهم في دائرة تطبيق الفساد والبطلان على المعاملات، واختلفوا في وقوعها في العبادات والأنكحة، بينما الجمهور كلهم على نسق واحد في ترادف البطلان والفساد[١]، على ما سيتضح من دراسة أقوالهم.

٤- اتفقوا على أن نهي التحريم هو محل البطلان والفساد، واختلفوا في نهي الكراهة هل يحتمل وصفي البطلان والفساد؟ ونقل عن ابن الحاجب وابن الصلاح[٢] والنووي أنه يشتمل الاثنين معاً، بينما يرى العلائي والزركشي وما نقل عن الهندي[٣] أن نهي الكراهة لا يقتضي الفساد[٤]، وهو ظاهر كلام الحنفية[٥].

٥- واختلفوا في تحديد محل القبح في المنهيات، هل هو لقبح عينه، أو لمجاور، أو لوصفه الملازم؟ وعليه اختلفت الأحكام الشرعية في المسائل المنهي عنها، ويقول الغزالي[٦]: "ليس على الأصولي إلا حصر هذه الأقسام الثلاثة، وبيان حكمها في التضاد وعدم التضاد وأما النظر في آحاد المسائل أنها من أي قسم هي فإلى المجتهد، وليس على الأصولي شيء من ذلك" يستفاد من كلامه أنه بعد تحديد أنواع القرائن الثلاثة يقع الخلاف في التطبيق على المسائل، وهذا خلاف زائد على الخلاف في دلالة القبح في بعض الأنواع.

---

(١) ابن الهمام، تيسير التحرير، ٢٣٦/٢، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣٣٧.

(٢) ابن الصلاح، أبو عمر بن الصلاح، عثمان بن عبد الرحمن بن موسى الشهرزوري الكردي، عالم بالتفسير والحديث والفقه وأسماء الرجال، وولد قرب شهرزور وعاش الفترة (٥٧٧-٦٤٣هـ) انتقل إلى الموصل ثم خراسان ثم بيت المقدس وإلى دمشق ودرس الحديث فيها وتوفي فيها، انظر السبكي، الطبقات، ٤٢٨/٤-٤٢٩، الإسنوي، طبقات الشافعية، ١٣٣/٢، الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، ١٤٠/٢٣.

(٣) الهندي، هو صفي الدين الهندي، محمد بن عبد الرحيم بن محمد الأرموي، أبو عبد الله، فقيه أصولي متكلم على مذهب الأشعري، ولد بالهند ما بين (٦٦٤-٧١٥هـ) رحل إلى اليمن ثم مصر واستقر بالشام وتوفي فيها له مصنفات: نهاية الوصول إلى علم الأصول وغيرها. انظر السبكي، الطبقات، ٩١/٥، الإسنوي، طبقات الشافعية، ٥٣٤/٢.

(٤) العلائي، تحقيق المراد، ٣٠٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٥١/٢-٤٥٢.

(٥) الأنصاري، فواتح الرحموت، ٤٠٤/١.

(٦) الغزالي، المستصفى، ١٥٣/١.

**مواطن الخلاف:**

بعد العرض السابق، أوجز النقاط المحددة التي وقع الخلاف الحقيقي فيها، والتي يتفرع عنها الخلاف في المسائل الفقهية:

١- النهي المطلق في الشرعيات هل هو لقبح عينه أم لوصفه الملازم؟

٢- دلالة النهي في المنهي عنه لوصف ملازم هل هي البطلان أم الفساد؟

٣- دلالة النهي في المنهي عنه لمجاور هل هي البطلان أم الصحة؟

٤- تحديد نوع القبح في المسألة الفقهية المنهي عنها.

## المطلب الثاني: تعريف النهي المطلق والأمثلة الدالة عليه.

عرف البخاري النهي المطلق بأنه:

المطلق عن القرينة الدالة على أن المنهي عنه قبيح لعينه أو لغيره[١]. أو المطلق على أنه على حقيقته، أو مصروف إلى مجازه[٢]. يستفاد من هذا: إن الإطلاق مرتبط بخلوه من القرائن الدالة على محل القبح أو على أنه للتحريم أو الكراهة، والمطلق عند الأصوليين هو الخالي من القيد بمدلول معنى أو بفرد محدد، ويختلف معنى القيد بحسب الموضع الذي تضاف إليه كلمة المطلق، ومن تتبع كلام الأصوليين، يتضح له أن القيد هنا هو القبح في عينه أو في غيره، فما لم تتحدّد القرينة الدالة على قبح عينه أو غيره، فالنهي حينئذ مطلق، والدليل الذي يؤكد هذا، أنهم يصرفونه في الشرعيات عن إطلاقه إلى قبح الوصف الملازم عند الحنفية أو قبح عينه عند الجمهور. فلا يكون الإطلاق هنا لأية دلالة أخرى، وترتبط قضية القبح بالتحريم والكراهة؛ لأن القبيح لعينه ولوصفه الملازم حكمه التحريم، والقبيح لوصفه المجاور حكمه الكراهة على الغالب، وإن ورد خلافٌ فيه على التحريم أحياناً[٣].

---

(١) البخاري، كشف الأسرار، ٣٧٧/١.

(٢) المرجع السابق وانظر، منلاخسرو، مرآة الأصول، ٧٦.

(٣) ابن نجيم، فتح الغفار، ٧٩/١، يؤكد ما سبق أن وطء الحائض محرم بالدليل ولكن النهي فيه لوصف مجاور. انظر الكنكوهي، عمدة الحواشي، ١٧٤.

ولا يقال إن المطلق هو الذي لم يدخله استثناء بالجواز كالكفر والزنا بخلاف النهي عن شرب الخمر حيث رخص فيه للضرورة، فالأمر ليس كذلك لأن غالب الأحكام الشرعية دخلتها رخصة الضرورة والإكراه والضرر.

## الفرق بين النهي المطلق ومطلق النهي:

تختلف عبارة الأصوليين بين النهي المطلق، ومطلق النهي عند الحديث عن دلالة النهي على الفساد، ووضح القرافي الفرق بينهما بقوله[(١)]:

إن مطلق النهي هو نوع محدد من أنواع النهي وهو الخالي من القيد، فمطلق النهي إشارة إلى القدر المشترك بين أنواع النهي وهو مسمّى النهي، ثم أضيفت كلمة مطلق لتمييزه عن غيره من المسمّيات، أما النهي المطلق فتفيد جميع أنواع النهي فالألف واللام تفيد العموم والاستغراق.

ولكن الناظر في كتب جمهور الأصوليين يرى أن النهي المطلق في كتبهم لا يعم جميع الصور، بل يخص النهي الخالي من القرينة، وأقرب في معناها إلى مطلق النهي لذا أرى أن كلام ابن الشاط[(٢)] تعقيباً على القرافي خدم المطلوب أكثر حيث أفاد أن الألف واللام إذا كانت للعهد، فإنه لا فرق بين الكلمتين[(٣)]، فيستقيم كلامه مع ما كتبه جمهور الأصوليين، وعند الحنابلة لا فرق بين أنواع النهي المختلفة فكلها تقتضي الفساد عندهم، فمطلق النهي والنهي المطلق سيان عندهم.

---

(١) القرافي، الفروق، ١٢٧/١، الفرق الخامس عشر.

(٢) ابن الشاط هو أبو القاسم، قاسم بن عبد الله ابن الشاط عاش الفترة (٦٤٣هـ - ٧٢٣هـ)، وهو الإمام العالم الجليل وحيد دهره فريد عصره، أخذ عن المحاسبي وأجازه أبو القاسم بن البراء وابن أبي الدنيا والقاضي أبو بكر بن شبرمة وغيره، انظر محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، فرع فاس، ص ٢١٧.

(٣) ابن الشاط، إدرار الشروق، ١٢٧/١.

## الأمثلة الدالة عليه:

يصرف الحنفية النهي المطلق عن إطلاقه، فإن كان في الأفعال الحسية يدل على كونها قبيحة في عينها إلا إذا قام الدليل على خلافه، كالنهي عن وطء الحائض فهو لمعنى مجاور، وكذا النهي عن الاستنجاء باليمين، وإن ورد النهي المطلق عن التصرفات الشرعية، فيقتضي القبح لمعنى في غير المنهي عنه ولكن متصلاً به، كالإحرام الفاسد بأن أحرم مجامعاً، والطلاق الحرام في الحيض، والصوم الحرام في يوم الشك، فيثبت القبح في الوصف رعاية لمنازل المشروعات ومحافظة لحدودها[1].

تتكرر صورة العرض بهذه الطريقة عند الحنفية، وقد يتحدث بعضهم عن النهي في الأفعال الحسية والشرعية وحكمها دون التعرض للنهي المطلق، وتعرض الأمثلة نفسها عند الحديث عن النهي المقترن بقرينة، وبحسب الكيفية التي يصرف فيها النهي المطلق لقبح عينه أو غيره، وإنهم عند الحديث عن النهي المقترن بقرينة لقبح عينه أو غيره تتكرر الأمثلة نفسها، بحيث يختلط الأمر في حقيقة الفرق بينهما من حيث الأمثلة والفروع الفقهية.

ولعل الأمر بينهما واحد، فالمطلق لا يبقى على إطلاقه وهو بعد صرفه عن إطلاقه إلى التقييد أشبه المقيد بقرينة، بل إن صورة المقترن بقرينة دالة على القبح نادرة الوجود إن لم تكن معدومة، فالشارع قد يذكر المناهي مطلقاً من غير تعليل، وقد يبين علة النهي فيها، ولكن أن يذكر موضع القبح لعينه أو غيره، فذلك عمل المجتهد، وإن أبرز أسباب اختلافهم في البطلان والفساد في الفروع الفقهية هو اختلاف اجتهادهم في محل القبح، فقد يراه البعض لوصف ملازم، ويراه الآخر لوصف مجاور، وقد يفهم أن المقترن بقرينة هو المعلل، وأن التعليل هو القرينة ذاتها الدالة على محل القبح، فلم يعهد أن يقول الشارع حرمت كذا لعلة كذا والقبح فيه في عينه أو غيره، ولكن يقبل القول أن التعليل هو القرينة التي بالنظر والاجتهاد فيها يُعرف موضع القبح، حينئذٍ لم تختلف عن النهي المطلق الخالي من القرينة وسواء أكان هذا أو ذاك، فالنصوص المنصوص على علتها محدودة، والمشكلة والخلاف الحقيقي قائم في المطلق عن التعليل الذي تختلف فيه الأنظار، فأين موضع القبح؟ وهو مرتبة الخلاف الأولى بين الأصوليين وما أثر القبح في الحكم الشرعي؟ هو

---

(١) النسفي، كشف الأسرار، ١/١٤٥.

مرتبة الخلاف الثانية، فبعد تحديد موضع الخلل اختلفوا في علاجه، وبالذات إن كان لوصف ملازم أو لمجاور.

## المطلب الثالث: التفريق بين الحسيات والشرعيات.

اهتم الحنفية بالتفريق بين الحسيات والشرعيات، لاختلاف دلالة النهي عندهم في كلٍ منها، بينما عند الجمهور الدلالة واحدة، حيث لا فرق بين الحسي والشرعي، ومن تعريفات الحنفية المفرقة بينهما:

١- فرّق البخاري بينهما بأن الحسي يعرف حساً ولا يتوقف حصوله وتحققه على الشرع والشرعي هو الذي يتوقف حصوله على الشرع[١].

٢- وفرق شراح المنار بينهما، فقال ابن ملك إن الحسيات هي التي لم يتصرف الشارع فيها بتجويزه في غير محل العوارض، وعند الرهاوي الشرعيات ما يكون لها مع تحققها الحسي تحقق شرعي بشرائط وأركان مخصوصة، اعتبرها الشارع بحيث لو انتفى لم يحكم الشارع بتحققه[٢].

٣- ويفرق مُلاّجيون بأن الحسي ما تكون معانيها المعلومة القديمة قبل الشرع، باقية على حالها لا تتغير بالشرع، كالقتل والزنا وشرب الخمر، وأن الشرعي هو ما تغيرت معانيها الأصلية بعد ورود الشرع، كالصوم والصلاة والبيع والإجارة[٣].

---

(١) البخاري، كشف الأسرار، ٣٧٧/١، وانظر ابن ملك، شرح المنار، ٢٦٥.

(٢) انظر ابن ملك، شرح المنار، ٢٦٦، الرهاوي، حاشية الرهاوي على شرح المنار، ٢٦٦.

ابن ملك هو: عبد اللطيف بن عبد العزيز الحنفي، المشهور بالحفظ والقبول عند العامة والخاصة، له مؤلفات متعددة منها: شرح المنار في أصول الفقه، وشرح على الوقاية، شرح مجمع البحرين، ت (٨٠١هـ)، انظر اللكنوي، الفوائد البهية، ١٨١، السخاوي، الضوء اللامع، ٣٢٩/٤.

الرهاوي هو: يحيى بن قراجا، شرف الدين الرهاوي، فقيه حنفي مصري، أصله من الرها بين الموصل والشام، ولد ونشأ في مصر، من مؤلفاته: حاشية على شرح الوقاية، ت (٩٤٢هـ)، انظر الزركلي، الأعلام، ١٦٣/٨.

(٣) ملاجيون، نور الأنوار على شرح المنار، ١٤٣/١.

ملاجيون هو: أحمد جيون بن أبي سعيد بن عبد الله بن عبد الرزاق الحنفي المكي، عاش الفترة (١٠٤٧-١١٣٠هـ)، مفسر من الهند، توفي بدهلي في بلده، من مؤلفاته: نور الأنوار شرح المنار، التفسيرات الأحمدية، انظر الزركلي، الأعلام، ١٠٨/١، جيون معناها بالهندية الحياة.

٤- وفرق مُنلاّخسرو بينهما، بأن الحسي ما لا يكون موضوعاً في الشرع حقيقة لحكم مطلوب، كالسفه والعبث، وأن الشرعي ما يكون موضوعاً في الشرع لحكم مطلوب كالصلاة والبيع(١).

**الشرح والتعليق على التعريفات:**

لم يعرّف الأصوليون الحسيات والشرعيات بغير المعاني المذكورة، ولم أجد لهذين المصطلحين دلالات أخرى، حيث اهتموا بهما بحسب النهي فيهما دون الإطلاق، فالحسيات كانت معلومة قبل الشرع بهيئاتها وأركانها كالزنا والقتل، فلم تتوقف معرفتهما على الشرع، بينما الشرعيات هي التي كانت معروفة سابقاً، ولكن الشرع أعطاها الوصف الشرعي(٢)، أو لنقل نقلها من المعنى اللغوي أو العرفي إلى المعنى الاصطلاحي الشرعي بأركان وشروط وهيئات. كالصلاة وهيئاتها، والصوم وشروطه، وعقود البيع والإجارة بأركانها وشروطها الشرعية الخاصة بها، من ارتباط الإيجاب بالقبول، وشروط العاقد والمعقود عليه والمحل، وهي وإن كانت معروفة سابقاً لكن أعطاها الشارع شروطاً شرعية.

وكل التعريفات السابقة لم تخرج عن هذا المعنى، إلا أن بعضها كان أكثر دقة، وبعضها أضاف معنى، فمثلاً الشرعيات عند الرهاوي ما اجتمع فيها الوجود الحسي والوجود الشرعي، فهي لم تكن معدومة قبل الشرع، ومنلاخسرو اهتم بمقاصدها، فالحسيات تخلو من الحكم المطلوب، بينما الشرعيات موضوعة لحكم مطلوب.

---

(١) منلاخسرو، مراة الأصول شرح مرقاة الأصول، ٧٦-٧٧.
منلاخسرو أو ملاخسرو هو محمد بن فراموز بن علي يسمى خسرو إما لأنه تزوج أخت المولى خسرو أو يقال أحد إخوته يقال له خسرو، وهو من العلماء الكبار الرومان درس في مدينة أدرنة وصار قاضيا بالعسكر المنصور. ثم قضاء قسطنطينية وكان يقال عنه أبو حنيفة الثاني، ومن مصنفاته: حواشي على التلويح وحواشي على تفسير القاضي، ومتن الأصول اسمه مرقاة الوصول، وشرحه مرآة الأصول مات سنة ٨٨٥هـ بالقسطنطينية، ودفن في بروسة، انظر الغزي، الطبقات السنية، ١٩٩/٣، وانظر اللكنوي، الفوائد البهية، ٣٠٢.

(٢) البخاري، كشف الأسرار، ٣٧٧/١، ابن ملك، شرح المنار، ٢٦٥.

فمقياس التفرقة بينهما باعتبار الأثر المترتب على كلٍ منهما، فالحسيات تستوجب عقوبات خاصة وهي غير مطلوبة للفاعل لأنها معاصٍ وجرائم محرمة، أما الشرعيات فقد جعلها الشارع أسباباً يترتب عليها آثارها من النعمة والمصالح المقصودة للمكلفين(١).

وتعريف ابن ملك للحسيات يفيد أن الشارع أثبت لها أحكاماً من غير أن يأذن في فعلها، حيث أوجب القصاص في القتل، والرجم في الزنا، أما الشرعيات فقد أثبت لها أحكاماً مع تجويزها في غير محل النهي، فيقول بيعوا حيث شئتم ولا يقول ازنوا واشربوا الخمر(٢).

ولا يعترض على هذا الكلام بتجويزه الشرب حاله المخمصة أو التداوي لأنهما من العوارض(٣).

فالحسيات منهي عنها دائماً، بينما النهي عن الشرعيات في مواضع محددة، بحيث يعود الحكم بعدها للجواز.

واعترض على ما سبق: أن تعريف البخاري وملاجيون قصر الحسيات على ما يعرف حساً دون الشرع، رغم أن الشرع جعلها أسباباً لوجوب الحد والعقوبة(٤)، وكذا قصر الشرعيات على الوجود الشرعي، مع أن لها وجوداً حسياً من الأفعال والهيئات مع وجودها الشرعي، وقد استفاد الرهاوي من النقد في تعريف الشرعيات في التعريف الذي اختاره.

**النتائج:**

لما عرّف الأصوليون الحسيات والشرعيات، نظروا إليها حال نهي الشارع عنها فقط، ولم يعرفوا لفظ الحسيات بإطلاق وبكل ما يشملها من معنى، ولم يعرفوا الشرعيات بكل أنواعها، وإنما اعتمدوا في تعريفهم على المنهي عنه، واهتم الحنفية بها لبيان أن النهي في الحسيات لقبحٍ في عينها وفي الشرعيات لقبحٍ وصفها الملازم.

---

(١) الدريني، بحوث مقارنة، ١٨٩/١.

(٢) الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٦٦.

(٣) عزمي زادة، حاشية عزمي زادة، ٢٦٦.

(٤) الأنصاري، فواتح الرحموت، ٣٩٩/١-٤٠٠، الدريني، بحوث مقارنة، ١٩٤/١.

فكان معنى الحسيات قاصراً على المعاصي المنهي عنها، ومعنـــى الشــرعي هــو القربات والعقود التي هي في أصلها جائزة ثم عرض النهي لها، وكونها تسمى شــرعيات دلالة على أنها كانت جائزة، وطروء النهي بعد ذلك في ظن الحنفية لا يمكــن أن يكــون لقبح ذاتي وإنما لقبح الوصف الملازم أو لما جاورها، لأنها في ذاتها تسمى الشرعيات.

وليس الفرق في محل النهي هو سبب الخلاف فقط؛ لأنه عند الجمهور سيان بيـــن القبح العيني والقبح لملازم، ولكن المشكلة حقيقة في هل المنهي عنه لوصـــف المـــلازم يساوي من حيث التأثير المنهي عنه لذات الفعل وعينه؟

لذا لم يهتم الجمهور بالتفريق بين الحسيات والشرعيات كما اهتم الحنفية، لاســـتواء الأمر عندهم.

ويرى الكنكوهي ترجيحاً للفرق بين الحسيات والشرعيات، أنّ الوجود هــو معيـــار التفرقة، فالحسيات لا يتوقف وجودها على الشـــرع وإن توقــف حكمـــها عليـــه. بينمـــا الشرعيات يتوقف وجودها على الشرع لأنها كانت مجملة قبلـــه وعرفــت ببيـــان مـــن الشرع[1]، وهو ما ذهب إليه البخاري وهو دقيق لأنه نظر إلى الشرعيات بمعنى ما نـــزل تشريع في حكمه من حيث الإباحة والندب والوجوب، فبناء عليه يكون تحققـــه الشـــرعي حصل بعد الشرع. وإن كان لبعضها وجود حسي إلا أنها لما انضم إليها الوجود الشرعي، عُدت مع الشرعيات.

---

(١) الكنـكوهي، عمدة الحواشي، ١٦٦.

# المبحث الثاني

# بيان النهي المقترن بقرينة والمسائل المتعلقة به

إن تحرير محل الخلاف في مبحث النهي المطلق، شمل النهي المقترن بالقرينة حيث أفاد أن الخلاف بين العلماء يقع في القرينة الدالة على قبح الوصف الملازم، والدالة على قبح المجاور، وفي دلالة كل منها، وقبل هذا وذاك اختلفوا في تحديد نوع القرينة كما أشرت سابقاً.

وإتماماً للنفع والفائدة، لابد من بيان مقتضى النهي في الأنواع الثلاثة، ومعنى قولنا في بعضها قبيح لعينه، وبيان الفرق بين الأصل والوصف الذي انبنى عليهما الفرق بين البطلان والفساد عند الحنفية.

وتفصيل هذه القضايا سيكون من خلال المطالب التالية:

**المطلب الأول: مقتضى النهي.**

**المطلب الثاني: الفرق بين الأصل والوصف.**

**المطلب الثالث: مقارنة بين القبيح لعينه والقبيح لغيره.**

**المطلب الرابع: حكم الأنواع الثلاثة والأمثلة الدالة عليها.**

## المطلب الأول: مقتضى النهي.

لما كان النهي هو طلب الكف عن الفعل، فإن ذلك يعني أن يلازم أو يجاور المطلوب الانتهاء عنه صفات قبيحة، عارضت مقاصد التشريع.

وعند تقسيم أنواع صيغة النهي بحسب القبح وعلاقتها به، كانت الأقسام كالتالي، قبيح لعينه، وقبيح لغيره مجاور، وقبيح لوصف ملازم فالقبح من مقتضيات النهي فيها، أو في أوصافها، والشارع لا ينهي إلا عما هو قبيح ولا يأمر إلا بما هو حسن، لكي تنتظم قواعد التشريع وتستقر دعائمه، وفق الغاية المقصودة من التشريع.

وترتبط قضية القبح في المنهي عنه، بمسألة التحسين والتقبيح العقليين وهل القبح ذاتي في المنهي عنه، كما يذكر بعض الحنفية أنه قبيح لذاته، أي أن القبح من اللوازم المتقدمة؟ أي أن الشارع نهى عنه لأنه قبيح، أو أنه بنهي الشارع عنه أصبح قبيحاً.

ونقولات جمهور الحنفية تفيد أن القبح في المنهي عنه من اللوازم المتقدمة للمنهي عنه فالشارع الحكيم لا ينهى عن فعل إلا بسبب قبحه الكائن فيه[١]، والنهي يقتضي صفة القبح للمنهي عنه، فصفة القبح لازمة للمنهي عنه، مقدمة على وروده شرعاً، بمعنى أنه كان قبيحاً فنهى الله عنه، لا أن النهي يوجب قبحه كما هو رأى الأشاعرة[٢]، فالنهي يقتضي القبح ضرورة حكمة الناهي[٣]، ويفهم من نظرة الحنفية أن القبح ذاتي، ولأنه قبيح فقد نهى عنه الشارع، وهذا قريبٌ من نظرة المعتزلة في قضية الحسن والقبح في الأفعال فإنه ذاتي أو لصفة من صفاته كقبح الكذب والظلم وحسن الصدق والعقل يدركه، أما نظرة الأشاعرة في الحسن والقبح، أنهما لا يثبتان إلا بالشرع، فهما ليسا لذات الفعل ولا لشيء من صفاته حتى يحكم العقل بأنه حسن أو قبيح[٤]، ومحل الخلاف ينقله الزركشي في ترتيب الثواب والعقاب على إدراك العقل، فبينما يرى المعتزلي ذلك، إلا أن الأشاعرة ينكرونه فترتب الثواب والعقاب لا يكون بالعقل إنما بالشرع[٥].

وما ترجح عند بعض الأصوليين أن الحسن والقبح ثابت بالعقل، والثواب والعقاب يترتب على الشرع، والحسن والقبح صفة نسبية إضافية حاصلة بين الفعل واقتضاء الشرع إيجاده أو الكف عنه، فإذا قال الشارع: صلِّ، قلنا، الصلاة حسنة[٦].

---

(١) الدبوسي، تقويم الأدلة، ٥٠، وانظر ابن نجيم، فتح الغفار، ٧٧/١، وهذا مذهب الماتُريدية.

(٢) الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٥٨، وانظر منلاخسرو، مرآة الأصول، ٧٥.

(٣) ابن ملك، شرح المنار، ٢٥٨.

(٤) التفتازاني، التلويح، ١٧٣/١، رفيق العجم، موسوعة مصطلحات أصول الفقه، ١١٢٤/٢، لابن تيمية توجيه جيد للمسألة وهو أن حسن الفعل يحصل من نفسه تارة، ومن الأمر تارة، ومن مجموعهما تارة، وبهذا خالف المعتزلة والأشاعرة فالخطاب الشرعي مظهر تارة، مؤثر تارة، وجامع بين الأمرين تارةً أخرى، انظر الفتاوى، ١٦١/١٩.

(٥) الزركشي، البحر المحيط، ١٤٥/١، ومذهب الحنفية وسطٌ بين المذهبين، فالقبح ذاتي عندهم، لكن الإثم والثواب لا يكون إلا بالشرع.

(٦) الزركشي، البحر المحيط، ١٤٦/١.

وللرهاوي ما يؤيد هذا، فليس القبح متقدماً على النهي، لجواز تحريم ما لا مفسدة فيه عقوبة لمخالفته وحرماناً أو تقييداً[١]، وهذا قد ينطبق على الأمم السابقة؛ لأنه ثبت في شريعتنا تحريم المفاسد، وإباحة المنافع، وقد ينهى عما يظهر أنه من المنافع إذا غلبت مفاسده على المنافع فيه، ولم يعهد تحريم ما هو خالص فيها لأن الحسنات كلها عدل والسيئات كلها ظلم[٢].

وقول بعض الحنفية السابق وإن خالف منطق التقبيح والتحسين عند جمهور الأصوليين، إلا أن تأثيره في دلالة النهي على البطلان أو الفساد منعدم فالشارع ينهى عن الأفعال والأحوال لحكم ومقاصد، سواء لقبحها أو لأهداف أخرى تحقق غايات ومقاصد، وبغض النظر عن ذاتية القبح وكيفية إدراكه، فالدراسة تقع على الأثر الناتج عنها وتتعلق بموضع القبح فيها، وسواء كان إدراكه بالعقل أو بالشرع، فالخلاف تأثيره في البطلان والفساد ضعيف، لأنها أوصاف شرعية تختص بالمنهيات الشرعية.

والسرخسي يرى خلاف ما ذكر عند جمهور الحنفية فالنهي يوجب القبح لا العكس حيث قال: "إن الشرع جاء لتتميم المحاسن، ونفي القبائح، فكان نهيه موجباً قبح المنهي عنه وأمره موجباً صفة الحسن للمأمور"[٣].

وسواءً رجحنا أن القبح والحسن بنهي الشارع وأمره أو أنه ذاتي، فإن المراد بقولنا قبيح لذاته أو لعينه، يعني تحقق القبح في الذات دون غيرها من الأوصاف لاقتضاء النهي ذلك.

## المطلب الثاني: الفرق بين الأصل والوصف.

يختلف الباطل عن الفاسد عند الحنفية، باختلاف الأصل عن الوصف فتوجه النهي إلى الأصل يبطل المنهي عنه، وتوجهه إلى الوصف يفسد المنهي عنه، وبحسب محل النهي يكون القبح، فالباطل قبيح لعينه والفاسد قبيح لوصفه.

---

(١) الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٥٨.

(٢) انظر ما قاله ابن تيمية، الفتاوى، ٤٧/٢٠.

(٣) السرخسي، أصول السرخسي، ٧٩/١، وهو مذهب الأشاعرة.

وجاءت تفريقات الأصوليين بينهما على النحو التالي:

١- يتحقق عند ابن ملك، فساد الوصف بالخلل الحادث في غير ركن العقد أو محله، ويكون بفوات شروط الصحة دون شروط الانعقاد، حيث إن الخلل الحاصل في ركن العقد أو محله أو شرط من شروط الانعقاد يؤدي إلى إبطال العقد، ونهي الشارع عن الربا هو نهي عن الدرهم الزائد، والزائد فرع عن المزيد، فيكون كالوصف وكذا النهي عن بيع وشرط، فهو نهي عن أمر زائد على البيع لازم له لكونه مشروطاً في العقد نفسه[١].

٢- يفرق منلاخسرو بين الأصل والوصف في المعاملات بالفرق بين المقصود والتبع، فمقصود البيع هو الأصل، وما ليس مقصوداً فهو تبع وبمنزلة الوصف، ومثاله البيع بالخمر فهو غير باطل، لأن الخمر ثمن. والثمن وسيلة إلى البيع وتبع لا مقصود أصلي، فالمقصود هو المبيع ويشترط وجوده ويؤثر هلاكه، فهو ركن البيع ومحله[٢].

٣- يوضح الفناري[٣] الفرق بأن الأصل هو ماهية الفعل وحقيقته، سواء كانت كالفعل الحسي، أو اعتبارية من الأركان والشروط التي اعتبرها الشارع فعلاً كالعقود، أما الوصف فهو الخارج عن ذلك[٤].

وأقوال أصوليي الحنفية السابقة تكاد تتفق بأن الأصل هو ركن العقد وما تعلق به من شروط فهو المقصود الأصلي، والوصف هو غير ما سبق، سواء قلنا هو شروط الصحة أو التوابع والوسائل الموصلة إلى المقصد. ولابن عابدين تصريح في هذا "بأن ما أورث خللاً في ركن البيع ومحله فهو مبطل، وما أورث خللاً في غيره فهو

---

(١) ابن ملك، شرح المنار، ٢٧٥، الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٧٥، الأنصاري، فواتح الرحموت، ٤٠١/١.

(٢) منلاخسرو، مرآة الأصول، ٧٦.

(٣) الفناري هو شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفناري أو الفنري نسبة إلى صنعة الفنار أو قرية اسمها فنار، رومي الأصل، فقيه أصولي حنفي جدلي منطقي أديب عاش الفترة (٧٥١-٨٣٤هـ) رحل إلى مصر وأخذ من علمائها، ورجع البلدة وتولى القضاء فيها، من مؤلفاته: عويصات الأفكار، وفصول البدائع، وتفسير الفاتحة، ورسالة في العلوم العقلية، انظر اللكنوي، الفوائد البهية، ١٣٥، والزركلي، الأعلام، ٣٤٢/٦.

(٤) الفناري، فصول البدايع، ٢٠٩/١، أحمد أبو سنة، الوسيط في أصول الحنفية، ٢٢١.

مفسد"[١]، وفي موضع آخر نجده يقسم شروط البيع إلى شروط انعقاد، وشروط صحة، والأولى يبطل العقد بدونها، والثانية يفسد العقد بدونها[٢].

واشتهر عند المحدثين تقسيم القرافي في المسألة، وتفصيله للفرق بين الأصل والوصف، إلا أنه كان أقل دقة في تحرير الفرق، فالماهية كما يفسرها وينسبها للحنفية هي أركان العقد الأربعة: عوضان وعاقدان، فإذا وجدت فقد سلمت الماهية، ومتى انخرم واحد منها فقد عدمت الماهية، فالماهية المركبة من أجزاء تنعدم بانعدام أحد أجزائها، كانعدامها كلها، وهو فقه حسن كما يقول القرافي[٣]. إلا أن هذا الفقه يختلف ومفهوم الركنية عند الحنفية، فليس الركن أربعة، وإنما هو الإيجاب والقبول فقط، وما عداه فهو شروط بل ويصرحون أن الخلل في الثمن يفسد العقد لا يبطله.

ويفرق الزنجاني[٤] بين الأصل والوصف عند الحنفية والبطلان والفساد بحسب طريق ورود دليل النهي ونوع الدلالة فيه، فيرى أن ما نهي عنه لذاته بسبب اختلال ركن من أركانه كبيع الحر والميتة معلوم البطلان بدلالة قاطعة. أما ما نهي عنه لا لذاته وإنما لشروط وتوابع وأوصاف وأمور تقارنها كالبيع إلى أجل مجهول، فهو مظنون البطلان بدلالة اجتهادية وهو الفاسد، والفرق بينهما أن الأول لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو حكم به حاكم لا ينفذ حكمه، والثاني يسوغ فيه الاجتهاد، ولو قضى به قاض نفذ حكمه وصحّ، وإن لم يكن صحيحاً من قبل الحاكم[٥]، ويفهم من كلام الزنجاني أن البطلان ما ثبت بدلالة قاطعة، والفساد ما ثبت بدلالة ظنية، وهذا غير دقيق، فمثال الربا الذي يتردد في كتب الأصوليين للدلالة على البيع الفاسد، ثبت تحريمه بدليل قطعي، فلا يكفي الاعتماد على الدليل.

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٧٠/٧.

(٢) المرجع السابق، ١١/٧.

(٣) القرافي، الفروق، ٨٣/٢، الفرق السبعون.

(٤) الزنجاني هو محمود بن أحمد بن محمود، أبو المناقب، شهاب الدين الزنجاني، عاش الفترة (٥٥٣-٦٥٦هـ) من أعلام الشافعية مفسر حافظ محدث، أصله من زنجان بالقرب من أبهر وقزوين، استوطن بغداد، واستشهد في حرب المغول، برع في علم الخلاف والأصول ودرس بالنظامية وعُزل، ودرّس بالمستنصرية، وصنف العديد من الكتب، انظر السبكي، طبقات الشافعية، ٤٥٥/٤، ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ١٢٦/٢، الزركلي، الأعلام، ٣٧/٨.

(٥) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، ٧٧.

وأخيراً تأتي محاولات المحدثين والمعاصرين للتفرقة بين الأصل والوصف أكثر وضوحاً، فيرى السنهوري أن أصل العقد هو الركن وشرائطه، والركن هو الإيجاب والقبول، وشرائطه تشمل شرائط الصيغة والعاقدين والمعقود عليه، أما أوصاف العقد فيرجع أغلبها إلى المحل، كوجود الغرر في التسليم، أو شرط فاسد أو الربا وغيرها مما يؤثر في الرضا[١].

أما الزرقا فقد جعل مقومات العقد خمسة ؛ وهي العاقدان والمحل والموضوع وركن العقد الإيجاب والقبول ، وهما المعبّران عن التراضي أو ما يقوم مقامهما في التعبير، فإن توجه النهي إلى أحد هذه المقومات الخمسة مؤثراً في صلاحها، أفاد النهي عدم المشروعية في أصل العقد والبطلان، وإن توجه النهي إلى ناحية فرعية في العقد وكانت المقومات سليمة، فالعقد حينئذٍ مشروع الأصل وغير مشروع الوصف وهو ما يستوجب الفساد، ففي بيع الملاقيح والمضامين توجه النهي إلى المحل وهو المبيع، وفي بيع المنابذة والملامسة[٢] تعلق النهي بالركن وهو التراضي لعدم قيام المنابذة والملامسة مقام الإيجاب والقبول، فأفاد النهي فيها البطلان وكذلك في عقد المجنون، حيث توجه النهي إلى العاقد وأهليته فبطل العقد، أما بيع الربا فلم يتعلق النهي بمقومات العقد وهي سليمة، وإنما إلى الفضل في أحد العوضين فكان العقد فاسداً[٣]، والزرقا بهذا يجمع كلام الفقهاء في شرائط الانعقاد وركن العقد، في مقومات العقد الخمسة لرسم صورة البطلان وتحديد المراد بعدم مشروعية الأصل، إذ لا يصح الاقتصار على قولنا الركن، لأنها عند الحنفية ذات معنى محدد، وإن كانت عند جمهور العلماء تكفي للدلالة على معنى الأصل؛ لأن الأركان عندهم أربعة كما قسمها القرافي، أما الحنفية فلا، ولما كانت باقي الأجزاء مهمة، جمعها الزرقا في لفظ مقومات، فكلها أجزاء ماهية وتحقق معنى الأصل، فكانت من أدق تفصيلات

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ١٥٨/٤.

(٢) تم شرح معنى الملاقيح والمضامين ص٣٧ ، والمنابذة والملامسة هي أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده، فيقول أي ثوب لمسته أو نبذته فهو لك. البهوتي، كشاف القناع، ١٥٥/٣.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٦٧٧/٢، محمد سراج، نظرية العقد، ٢١٣، وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية الكويتية، ١١٠/٨، يفرق الزرقا بين محل العقد وموضوعه، فمحل العقد عنده هو المعقود عليه، وهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه، كالمال المبيع في عقد البيع، أما موضوع العقد فهو غايته وحكمه، والمقصد الأصلي الذي من أجله شرع العقد، فموضوع عقد البيع نقل الملكية، وفي الإجارة تمليك منفعة، انظر الزرقا، المدخل الفقهي، ٣١٤/١.

المحدثين فلم يقع في الزلل والخلط في معنى الركن عند الحنفية، كما هو الأمر عند أبي زهرة الذي قسم الشروط إلى نوعين، شروط مكملة للسبب ويقصد بها الركن، وشروط مكملة للحكم، والعقد الباطل عنده ما فقد ركنه (سببه) والشروط المكملة له، ومن ضمن الأركان العاقد والمبيع والتي لا تعد أركاناً عند الحنفية، وأما العقد الفاسد فهو ما فقد الشروط المكملة للحكم وهي أوصاف العقد كجهالة الثمن[١]، وكلامه وإن وافق حقيقة الفرق بين الأصل والوصف عند الحنفية، إلا أنه خالف مفهوم الركنية عندهم.

وممن زاد في تحديد معنى الأصل ، أبو البصل[٢] في كتابه دراسات في فقه القانون المدني الأردني حيث أضاف على كلام الزرقا ومقومات العقد الخمسة، السبب والشكل، ويُقصد بالسبب الباعث على العقد، والتي يمكن ضَمُّها ضمن معنى الموضوع الذي أشار إليه الزرقا، وأما الشكل فيقصد بها تعدد العاقدين، وهي أيضاً لا تخرج عن شروط العاقد ضمن المقومات الخمسة للزرقا، وغاية ما هنالك أن تفصّل هذه المقومات في شروط لتجمع كل ما يؤثر في انعقاد العقد مما هو من ماهية العقد وأصله، ويبقى كلام الزرقا أوثقها.

## المطلب الثالث: مقارنة بين القبيح لعينه والقبيح لغيره.

وأقصد بالقبيح لغيره؛ نوعين من صيغ النهي أو المنهي عنه وهما: ما قبح لوصف ملازم، وما قبح للمجاور، فكلاهما القبح فيه خارجي عن الذات.

**معنى القبيح لعينه:**

فسّر السمرقندي معنى القبيح لعينه أو لذاته بقوله:

"إن عين الفعل المنهي عنه قبيح لا لعينه ولا لذاته، ولكن لمعنى زائد على ذاته يرجع إلى الفاعل أو غيره، لا أن المعنى الزائد قائم بالفعل، فالسفه قبيح لمعنى زائد وراء ذاته وهو الخلو عن العاقبة الحميدة"[٣].

---

(١) أبو زهرة، أصول الفقه، ٦٦، وانظر محمد سراج، نظرية العقد، ٢١٣، فلم يكن التفريق دقيقاً عندهما.

(٢) أبو البصل، دراسات في فقه القانون المدني الأردني، ٢٠٧.

(٣) السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٢٨، الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٦٤.

فالمعنى القبيح لمّا لم ينفك عن الفعل، أعطي حكم الذات، والكفر والظلم والعبث أفعال قبيحة لذواتها، أي لمعنى زائد، فالكفر قبيح لما فيه من كفران النعمة، والظلم قبيح لما فيه من وضع الشيء في غير موضعه ، والعبث قبيح لخلوه عن الفائدة[(١)]، وكذلك يقال في شرب الخمر فالقبح فيها باعتبار صيانة العقل والدين، بحيث لو أكره على الشرب لا يحل له الامتناع. ولو كان القبح ذاتياً يحل له الامتناع، لأن ما بالذات لا يزول بالغير[(٢)].

وعلة إنكار السمرقندي تعلق القبح بذات الفعل، لأنه لو كان قبح المنهي عنه لذات الفعل، وجب أن يكون كل فعلٍ قبيحاً، وقد يكون الفعل حسناً وطاعة لله تعالى[(٣)].

ولعل منطق بعض الحنفية هذا مرتبط بالتحسين والتقبيح العقليين، فإنكار القبح الذاتي الصرف مردّه إلى أن قبح الأفعال وحسنها شرعيان لا ذاتيان، فقد ينهى الشارع عما هو حسن وطاعة لغايات ومقاصد. والظن عندي –والله أعلم– أنه لا يستحيل أن يتعلق القبح في بعض الأفعال بذواتها وفي البعض الآخر بأمر زائد على الذات لا يقبل الانفكاك عنها، متصلة بها كاتصال الأجزاء ببعضها بعضاً، وأن ما يذكرونه من أمر زائد في بعض الأمثلة، كالكفر قبيح لكفران النعمة، وشرب الخمر قبيح لصيانة العقل والدين، ما هو إلا تعليل لسبب الحرمة ولكل تحريم تعليل على الغالب. ولا يعني ذلك أنها أمر زائد، وكون الذات قد تحتمل وجهاً حسناً، لا يعني ذلك إن كان الغالب فيها القبح ألا يكون القبح ذاتياً، لأن الأوصاف تنسب إلى الأعم الأغلب ومن الطبيعي أن تكون حكمة التحريم وعلته، أمراً زائداً على الذات ولا يقبل أيضاً أن يقال القبح الذاتي لا يقبل الجواز في حالات الإكراه لأن الشارع الحكيم أعطى رخصاً لأحوال الضرورة رعاية لأعظم الأمرين وإن كانت الأفعال قبيحة، وذلك على اعتبار أن وصف القبح ليس صرفاً دائماً، بل يطلق على الغالب في أحوال الأفعال. ولا يعترض أيضاً بأن قولنا قبح ذاتي، أنّه قبل الشرع؛ فليس هذا القصد؛ لأن كلمة ذاتي تعني عيني، أي قبيح لسبب يرجع إلى عين الفعل وذاته، لا أن قبحه مرتبط بالذات قبل التشريع، وأنه بسبب كونه قبيحاً فقد حرمه الشارع، فهذا لا يراد من الكلمة.

---

(١) المطيعي، سلم الوصول، ٢/٢٩٨.

(٢) الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٦٤.

(٣) السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٢٧.

أخلص من هذا أن القبيح لعينه يحتمل أمرين، ما تعلق القبح بعينه، وما تعلق بأمر زائد لا يقبل الانفكاك عنه، ومثال الأول الكفر والظلم والعبث والسفه وهي تدرك بالعقل وإن كانت لا تحرم إلا بالشرع، أما شرب الخمر والصلاة بدون طهارة أو ستر العورة، فهي من النوع الثاني التي بيّنها الشارع، والقبح فيها لا يقبل الانفكاك عنها.

## الفرق بين القبيح لعينه والقبيح لغيره:

نقل الزركشي عن السمعاني تفريقاً بينهما، بأن النهي عن الشيء إذا كان لطلب ضده، فيكون النهي عن الشيء نفسه، وإن لم يكن لطلب ضده، فلا يكون في نفسه منهياً عنه، وبناءً عليه فإن الصلاة في الدار المغصوبة منهيٌّ عنها ليس لطلب ضدها، وهو ترك الصلاة وإنما النهي لترك الغصب(١)، واعترض الزركشي على ما نقله، بأن الأصل في النهي رجوعه لمعنى في نفسه، ولا يحكم فيه بتعدد الجهة إلا بدليل خاص فيه فحقيقة قول الشارع، حرمت صوم يوم النحر، يحرّم إمساكه مع النية، ولا يفهم منه عند إطلاقه سواه، ومن أراد صرف التحريم عن الحقيقة إلى أمر خارج احتاج إلى الدليل، ولذا قطع الشافعي ببطلانه(٢).

ونقل الزركشي عن السمعاني يرتبط بمسألة النهي عن الشيء هل هو أمر بضده؟، ودون الخوض فيها، واكتفاءً بمدلول كلام السمعاني وتفريقه بين المنهي عنه لعينه ولغيره، فإن القصد هو بيان مدى ارتباط النهي بالمنهي عنه، بحيث يمكن تصور الانفكاك أو لا، فالصلاة في الدار المغصوبة يمكن انفكاكها عن النهي وهو الغصب دون عين الصلاة، بينما الصلاة بدون طهارة، لا يمكن الانفكاك بين المنهي عنه والنهي؛ لأنه توجه إلى عين الصلاة بدون طهارة، ولا يمكن تصحيح الفعل إلا بالطهارة وهو ضد النهي تماماً، بينما الصلاة في الدار المغصوبة تصح؛ لأن المطلوب ليس ترك الصلاة وإنما ترك الغصب.

ويؤخذ على نقل الزركشي أنه لا يتفق مع القائلين ببطلان الصلاة في الدار المغصوبة، فاحتيج إلى تفريق دقيق، كما أنه يفرق بين المنهي عنه لعينه والمنهي عنه لمجاور، دون الوصف الملازم، وذلك لأن جمهور العلماء غير الحنفية يجعلون المنهي عنه لوصف ملازم بمنزلة المنهي عنه لعينه.

---

(١) الزركشي، البحر المحيط، ٤٥٣/٢، نقله من كتاب الاصطلام للسمعاني.

(٢) الزركشي، البحر المحيط، ٤٥٤/٢.

وبيان الفرق في المنهي عنه لعينه، أن عين الفعل هي ماهيته وأفراده المكونة له، أو أركانه التي يتحقق بوجودها، والوصف الملازم هو من التوابع اللازمة للفعل وليست من أفراد الماهية كالشرط الذي يضبط الماهية ولا يقبل الانفكاك. أما المجاور فهو ليس وصفاً وإنما أحوال وكيفيات قد ترافق الأفعال وقد تنفك عنها، وهي ليست ركناً ولا شرطاً في الماهية، بل هي أمور زائدة، كالموانع تؤثر في تمام الأجر دون صحة الفعل على الراجح. ومثالها البسيط، عقد البيع الذي يعقده مجنون، خلله في أركانه أو ماهيته وهو العاقد، والبيع بالربا خلله في الربا الملازم للبيع الذي لا يمكن الانفكاك عنه فيما يسمى بالبيع الربوي؛ لأنه صورة محرمة بكل ماهيتها، والبيع وقت النداء منهي عنه لشغله عن صلاة الجمعة، وهو مجاور يمكن انفكاكه بتأجيل البيع بعد الصلاة.

## طرق التعرف على موضع القبح:

يذكر العلائي[١] في كتابه طرق التعرف على المنهي عنه لمجاور، والحق أنها تشمل كل صور القبح، لأنها طرق للتعرف على موضعه[٢]:

١- تنصيص الشارع أو إيماؤه، فمثال النهي عن المجاور كما في قوله ﷺ: "لا يبع حاضر لبادٍ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم بعضاً"[٣]، ففي هذا إشارة إلى أن النهي لما يقترن بالبيع من المضرّة للغير، وكذلك في نهيه ﷺ عن بيع الرجل على بيع أخيه[٤] لما فيه من الإضرار به.

---

(١) العلائي هو الحافظ صلاح الدين أبو سعيد خليل بن الأمير سيف الدين كيكلدي العلائي الدمشقي الشافعي عاش الفترة (٦٩٤-٧٦١هـ) ولد في دمشق من أب تركي ودرس فيها، كان إماماً محدثاً حافظاً فقيهاً أصولياً، متكلماً أديباً شاعراً، درس وناظر وصنف الكثير في الفقه والأصول والحديث دفن في القدس، انظر السبكي، طبقات الشافعية، ٢٤٨/٥، ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، ٩١/٣، الزركلي، الأعلام، ٣٦٩/٢.

(٢) العلائي، تحقيق المراد، ٢٨١، ٣٧٩.

(٣) مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ٤٠٤/١٠، ح (٣٨٠٥) برواية جابر باب ٦/٦ تحريم بيع الحاضر لبادٍ، وانظر في معناه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٧٢/٤ ح (٢١٥٩) برواية عبد الله بن عمر باب (٦٩).

(٤) البخاري، صحيح البخاري، ٣٥٣/٤ ح (٢١٤٠) برواية أبي هريرة-جزء من حديث- باب (٥٨).

٢- من المعنى كما في طلاق الحائض، فإن النهي ليس لذاته وإنما لما يقترن به من تطويل العدة، وهذا عند العلائي في المجاور وحقيقة معناه تعليل النهي وبيان سبب وروده، وليس قاصراً على المجاور بل يعم جميع الصور، ويضيف العلائي طريقاً ثالثاً لمعرفة المجاور وهو أن يكون النهي ليس مختصاً بمورده، بل يعم صوراً غير المنهي عنه، كالبيع وقت النداء فإن الاتفاق على أن غير البيع من سائر الشواغل عن الجمعة تشترك في النهي مع البيع[١]، وفي ظني لا تخرج هذه الصورة عن معنى التعليل للمنهي عنه لفهم حقيقة النهي وسببه.

إن علاقة القبح بالمنهي عنه ومعرفة مدى انفكاكه عنه مهمة جداً في تحديد موضعه، فالقبيح لعينه لا يمكن زوال النهي عنه بحال ففي كل أحواله يكون محرماً، فهذا دليل على شدة اتصال القبح بالمنهي عنه فهو قبيح لعينه، بينما القبيح لغيره يمكن زوال النهي عنه بزوال محل القبح خاصة في المجاور، إذ يجتمع فيه محرم بغير محرم كالصلاة والغصب، والبيع وكونه في وقت النداء، والوضوء وكونه بماء مغصوب وغيرها من الصور التي يمكن انفكاك النهي عنها، أما الوصف الملازم فالارتباط بين الوصف والنهي لا يمكن انفكاكه بحال حيث إنه يبقى محتفظاً باسمه، ولكنه أيضاً لا يخلو من كونه يجمع محرماً وغير محرم كالبيع المتضمن للربا، والبيع وكونه مع الشرط الفاسد، والصوم وكونه في أيام النحر، على الرغم من أن الوصف ملازم لا يقبل الانفكاك بمعنى أنه مع الوصف يكوّن مصطلحاً ذا معنى محدد، وبدون الوصف تتغير طبيعته واصطلاحه، أما المنهي عنه لعينه فهو محرم دائماً بما لا انفكاك كالكفر والظلم والزنا والخمر ولا يقدح فيه حالات الاستثناء.

## المطلب الرابع: حكم الأنواع الثلاثة والأمثلة الدالة عليها.

تم في المباحث السابقة توضيح محل الخلاف في الأنواع الثلاثة السابقة وبيان آراء العلماء بإيجاز، فتوضيحاً وتأكيداً أعرض حكم الأنواع على النحو التالي:

---

[١] العلائي، تحقيق المراد، ٢٨١، ٣٧٩.

### ١- القبيح لعينه:

وهو يشمل النوعين المذكورين ما قبح لعينه وضعاً أو عقلاً كالكفر والظلم والسفه. وما قبح لعينه شرعاً كبيع الحر والمضامين والملاقيح[١].

**حكمه**: اتفق الأصوليون على بطلان المنهي عنه لقبح عينه[٢]، فهو غير مشروع أصلاً؛ لأن المشروع لا يخلو عن حكمة[٣].

### ٢- القبيح لوصف ملازم:

مثاله: الصوم في أيام النحر، والبيع بالشرط الفاسد، والبيع بالربا، ففي صوم أيام النحر، يصح النذر فيها عند الحنفية وينعقد باعتبار جهة الطاعة، والمعصية فيها وصف ملازم وهو الإعراض عن ضيافة الله تعالى، فالصوم له جهة معصية وجهة طاعة[٤].

**حكمه**: القبيح لوصف ملازم هو محل الخلاف بين الحنفية والجمهور، وعليه يصدق وصف الفساد عند الحنفية، وهو باطل عند الجمهور[٥]، وهذا النوع هو مدار البحث والتفصيل في الفصول اللاحقة.

### ٣- القبيح لمجاور:

مثاله: البيع وقت النداء يوم الجمعة، فهو منهيٌّ عنه للإخلال بالجمعة وقد ينفك عنه، وهو لا يقتصر على البيع وقت النداء بل يشمل البيع مع السعي، وكذلك الوضوء بماء مغصوب، والذبح بسكين مغصوب[٦].



---

(١) انظر الأمثلة، النسفي، كشف الأسرار، ١٤٢/١، البخاري، كشف الأسرار، ٢٤٢/١.

(٢) نقل الاتفاق صراحة التفتازاني، التلويح، ٢١٥/١، المطيعي، سلم الوصول، ٢٩٦/٢، وقال الزركشي أن قول الأكثر ولا خلاف في فساده، انظر البحر المحيط، ٤٤٣/٢، ونقل ابن النجار أنه قول الأكثر، انظر الكوكب المنير، ٨٤/٣، ابن مفلح المقدسي، أصول الفقه، ٧٣٠/٢.

(٣) السرخسي، أصول السرخسي، ٨٠/١.

(٤) التفتازاني، التلويح، ٢١٩/١.

(٥) صدر الشريعة، التوضيح، ٢١٥/١.

(٦) الأنصاري، فواتح الرحموت، ٤٠٤/١، الجلال المحلي، شرح جمع الجوامع مع العطار، ٥٠١/١، ابن قاسم العبادي، الآيات البينات، ٣٣٢/٢، واعترض ابن قاسم على مثال الوضوء بماء مغصوب حيث صنفه مع الوصف الملازم.

**حكمه:** إن القبيح لمجاور محل خلاف بين الجمهور والحنابلة، فهو صحيح عند الجمهور، باطل عند الحنابلة على تفصيل عندهم بين المنهي عنه لحق الله تعالى، والمنهي عنه لحق آدمي، فالأول باطل كالبيع وقت النداء والثاني يمكن استدراكه كتلقي الركبان والنجش، فيثبت فيهما الخيار على الراجح عند الحنابلة[١] وهو ما سيوضح لاحقاً.

والقبيح لمجاور هو من قبيل المكروه عند بعض الحنفية، فيرى الأنصاري[٢] أنه لا يطلق عليه لفظ الحرام، وهو يدل على الكراهة التنزيهية عند ابن ملك[٣]. واختلفوا في وطء الحائض، الذي ورد تحريمه بالإجماع، ورجح الرهاوي بأن هذا مستثنى بالدليل، فحكم المجاور هو كراهة التنزيه، إلا إذا ورد دليل يخص بعض أفراده وينص على حكم الحرمة[٤].

والنهي عند الحنفية إذا ورد بدليل قطعي دل على الحرمة، وإن كان بدليل ظني دل على الكراهة التحريمية، وإن كان لوصف مجاور أفاد الكراهة سواء كان الدليل قطعياً أم ظنياً، فالوصف الملازم يكون محرماً إن كان قطعياً ومكروهاً تحريماً إن كان ظنياً[٥]، وتعميم ابن نجيم قد لا يتوافق مع التطبيقات الفقهية كما في مسألة بيع الرجل على بيع أخيه، والتي صرحوا فيها بالكراهة التحريمية، مع صحة البيع لكون النهي فيه لمجاور[٦].

---

(١) ابن مفلح، أصول الفقه، ٢/٧٤٢-٧٤٤.

(٢) الأنصاري، فواتح الرحموت، ١/٤٠٤، ابن نجيم، فتح الغفار، ١/٧٩.

(٣) ابن ملك، شرح المنار، ٢٦٣.

(٤) الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٦٣، وانظر، الكنكوهي، عمدة الحواشي، ١٧٤.

(٥) ابن نجيم، فتح الغفار، ١/٧٩، أحمد أبو سنة، الوسيط، ٢٢١.

(٦) ستعرض المسألة في الفصل الخامس.

# الفصل الثالث

# تطور مفهوم الفساد عند الحنفية ومن وافقهم

# التمهيد:

اشتهر علماء الحنفية بالقول بالفساد المغاير للبطلان في بعض الأحكام، والذي حوّره بعضهم في صورة نظرية الفساد والبطلان التي نشأت عند الأصوليين قاعدة؛ وعند الفقهاء تطبيقات عليها.

ولبيان كيفية تطور المصطلح، استعرضت مذهب الحنفية منفرداً عن مذهب الجمهور، شارحة المسألة عند الأصوليين وفي كتبهم ذاكرة أدلتهم مع تطبيقات الفقهاء في هذه المسألة، معتمدة في البحث على ثلاثة أبواب فقهية رئيسة وهي العبادات والنكاح والمعاملات؛ لاشتمالها على الخلاف بين الحنفية فيما بينهم من جهة، وبين الحنفية والجمهور من جهة أخرى.

ويشمل الفصل الثالث المباحث التالية:

**المبحث الأول:** مذاهب أصوليي الحنفية في نشأة مفهوم الفساد ومن تبعهم.

**المبحث الثاني:** أدلة الحنفية على مشروعية الأصل في النهي عن الشرعيات وأدلة من تبعهم في عدم دلالة النهي على الفساد (البطلان).

**المبحث الثالث:** مذاهب فقهاء الحنفية في البطلان والفساد في العبادات والنكاح.

**المبحث الرابع:** مذاهب فقهاء الحنفية في البطلان والفساد في المعاملات.

**المبحث الخامس:** مجال تطبيق البطلان والفساد في الفقه الحنفي.

# المبحث الأول

## مذهب أصوليي الحنفية في نشأة مفهوم الفساد ومن تبعهم.

بنى أصوليو الحنفية القواعد الأساسية لمفهوم الفساد، إذ عندهم ابتدأت القضية، ومن المتقدمين إلى المتأخرين تطورت النظرة حتى اكتملت، وانتشر الخلاف في المسألة، مرتبطاً بمسألة دلالة النهي على الفساد، التي قال فيها العلائي: "إن هذه المسألة وإن كانت جزئية فهي من القواعد الكبار التي ينبني عليها من الفروع الفقهية ما لا يحصى وقد اضطربت فيها المذاهب وتشعبت الآراء، وتباينت المطالب"[١].

واستعراضاً لهذا الأمر وتحقيقاً لكلام العلائي في بيان حجم هذه المسألة وحقيقة الخلاف في الفروع، كان لابد من استعراض كلام الأصوليين إجمالاً في مسألة دلالة النهي ثم البحث في مذهب الحنفية على حده ومذهب الجمهور على حده.

علماً بأن الدراسة في مذهب الحنفية تشمل الآراء الأصولية والأدلة التي قامت عليها عندهم، والتتبع الفقهي لمصطلح الفساد والبطلان في كتب الفقه لربط الدلالة بالتطبيق ودراسة مذاهب الفقهاء واهتمامهم بأمر الفساد والبطلان في بعض أبواب الفقه كالعبادات والنكاح والمعاملات، لمعرفة حجم الخلاف فيها وحجم الفروع التي ارتبطت بها، فالأصوليون اهتموا بتأسيس الأمر وتقعيده والفقهاء اهتموا بالتطبيق وبحث الأسباب والآثار، وبذلك تكتمل الصورة عند الحنفية وتتلخص المطالب فيما يلي:

المطلب الأول: آراء العلماء في دلالة النهي على البطلان أو الفساد.

المطلب الثاني: آراء أصوليي الحنفية في حقيقة مفهوم الفساد.

المطلب الثالث: من سار على نهج الحنفية في عدم دلالة النهي على الفساد (البطلان).

---

(١) العلائي، تحقيق المراد، ٤٠٠.

## المطلب الأول: آراء العلماء في دلالة النهي على البطلان أو الفساد.

من تحرير محل الخلاف السابق بين الحنفية والجمهور، تبين أن اختلافهم ارتكز على دلالة المنهي عنه لوصف ملازم هل هي للبطلان أو الفساد وعلى هذا الأمر يُفسر خلافهم في قاعدة دلالة النهي على البطلان أو الفساد، فلا تأخذ القاعدة على إطلاقها في كل صور النهي وإنما في النوع المذكور آنفاً.

وقد بحث الجمهور القضية من خلال قضية النهي المطلق ودلالتها، والتي هي في حقيقتها تخص المنهى عنه لملازم، وبحثها الحنفية في مسألة اجتماع المشروعية والنهي في بعض المنهيات، والتي تخص أيضاً صور النهي لملازم، كما يفهم من الأمثلة التي يذكرونها، سواء الحنفية أو الجمهور.

واختلفت أقوال العلماء في المسألة إلى ثلاثة أقوال، وتفرع من بعضها تفصيلات وتفريعات، لا تخرج عن مجموع الأقوال الأساسية الثلاثة، فما كان من التفريعات للحنفية ذكرته، وما كان لغيرهم أجلت عرضه للفصل الرابع.

### القول الأول: النهي يدل على الفساد (البطلان).

أي أن دلالة النهي تفيد الفساد المرادف للبطلان، ولا يقصد به الفساد الخاص بمعناه عند الحنفية.

ونقل عن أبي حنيفة وبعض أصحابه[١]، وهو قول الجصاص[٢]، ومالك وجمهور أصحابه ومنهم القاضي عبد الوهاب المالكي[٣]، وهو قول أهل الظاهر وطائفة

---

(١) الجصاص، الفصول في الأصول، ٣٣٦/١، البصري، المعتمد، ١٨٤/١، الجويني، التلخيص، ٤٨١/١، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، وتناقضت عبارة الآمدي فمرة ينقل عن الإمام أبي حنيفة القول بالفساد، ومرة ينقل القول بالصحة، انظر الإحكام، ٤١١/٢، السبكي، الإبهاج، ٦٨/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٢/٢ ونقل الزركشي عن أبي زيد الدبوسي أنه قول علمائهم. ونقله عن أصحاب أبي حنيفة كل من، الجويني، البرهان، ٢٨٢/١، الأصفهاني، الكاشف، ١٧٤/٤.

(٢) الجصاص، الفصول في الأصول، ٣٣٦/١.

(٣) الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦، قال الباجي "وهو قول أبو محمد وجمهور أصحابنا"، التلمساني، مفتاح الأصول، ٤١٨، الجويني، التلخيص، ٤٨١/١، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٢/٢، نقله الزركشي عن القاضي عبد الوهاب عن مالك، الأصفهاني، الكاشف،=

من المتكلمين[١] وجمهور الشافعية[٢] كالإمام الشافعي[٣]، وأبي بكر ابن فورك[٤] والشيرازي[٥] والسمعاني[٦] والآمدي[٧] وتبعه ابن الحاجب في المختصر[٨]، والعلائي[٩] والزركشي[١٠]، وقول الحنابلة[١١] والشوكاني[١٢].

---

=١٧٤/٤. القاضي عبد الوهاب هو أبو محمد عبد الوهاب بن نصر المالكي البغدادي، ثقة حجة، تولى القضاء في العراق، من أفقه المالكية، كان فقيهاً أديباً شاعراً، ولد ببغداد (٣٦٢-٤٢٢هـ)، له العديد من المصنفات، انظر عياض، ترتيب المدارك، ٦٩١/٤، ابن خلكان، وفيات الأعيان، ٢١٩/٣.

(١) الجويني، التلخيص، ٤٨١/١، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، السبكي، الإبهاج، ٦٨/٢.

(٢) البصري، المعتمد، ١٨٤/١، الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٧/١، الجويني، التلخيص: ٤٨١/١، السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٦. ابن برهان، الوصول، ١٨٦/١، الرازي، المحصول، ٢٩١/٢، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٢/٢.

(٣) نقله عن الشافعي الزركشي البحر المحيط، ٤٤٣/٢، فالشافعي لم يصرح صراحة ولكن كلامه في الرسالة يدل على ذلك، على ما سأذكر.

(٤) الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦، الأصفهاني، الكاشف، ١٧٤/٤، أبو بكر من فورك هو: محمد بن الحسن بن فورك أبو بكر الأصبهاني المتكلم الأصولي والأديب النحوي، أقام بالعراق ودرس المذهب الأشعري، واشتغل بعلم الكلام، دُعِيَ إلى مدينة غزنة وأجرى فيها مناظرات، وفي طريق العودة سم في الطريق ومات سنة ٤٠٦هـ ودفن بالجيزة، وله مصنفات، أصول الفقه ومعاني القرآن، انظر السبكي، طبقات الشافعية، ٤٢٤/٢، الإسنوي، طبقات الشافعية، ٢٦٦/٢.

(٥) الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٧/١.

(٦) السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٦، وعلق محقق القواطع على تضارب قول السمعاني في موضعين حيث صرّح بدلالة النهي على الفساد، ثم لما تحدث عن الصلاة في الدار المغصوبة لم يكن النهي راجعاً لعين المنهي وإنما لمعنى آخر فلا يوجب الفساد. انظر كلام السمعاني، ص٢٣٩، والمحقق ص ٢٢٦، والحق أنه لا تناقض لأن المنهي عنه لوصف مجاور خارج محل النزاع ولا فساد فيه وإنما النزاع في الوصف الملازم.

(٧) الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢.

(٨) ابن الحاجب، منتهى الوصول، ١٠١.

(٩) العلائي، تحقيق المراد، ٣٠٠.

(١٠) الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٩/٢.

(١١) الكلوذاني، التمهيد، ٣٦٩/١، ابن عقيل، الواضح، ٢٤٤/٣، الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٤٣٠/٢، وقال الطوفي النهي يقتضي الفساد مطلقاً سواء لعينه أو لغيره، إلا لدليل.

(١٢) الشوكاني، إرشاد الفحول، ١٩٥.

وتفصيلات القول الأول للحنفية يأتي بيانها فيما بعد، أما عند المالكية والشافعية وخاصة نظرة الإمام الشافعي سيتم عرضها في الفصل الرابع في مذهب الجمهور، إن شاء الله تعالى.

**القول الثاني: النهي لا يدل على الفساد (البطلان).**

ويقصد بالفساد هنا البطلان، فالنهي لا يدل على البطلان وأصحاب هذا القول يتفقون في عدم الدلالة على الفساد، ويختلفون فيما يدل عليه من غير الفساد، وهو ما سيتم عرضه لاحقاً لغير الحنفية.

وينسب هذا القول إلى أبي الحسن الكرخي[(١)]، وهو قول كثير من الحنفية[(٢)]، ومن المالكية أبي بكر الباقلاني[(٣)]، وللإمام الشافعي كلام يدل عليه[(٤)]، وهو قول أبي بكر القفال الشاشي[(٥)] والغزالي[(٦)] من الشافعية، وهو قول أكثر المتكلمين[(٧)] كقاضي القضاة عبد الجبار[(٨)]، وأبي علي وأبي هاشم الجبائيين وأبي عبد الله البصري

(١) الجصاص، الفصول في الأصول، ٣٣٦/١، لم يذكر نسبته إلى الكرخي من الحنفية غير الجصاص، ونسبه إليه المذاهب الأخرى انظر البصري، المعتمد، ١٨٤/١، الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٧/١، السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٧، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٣/٢، آل تيمية، المسودة، ٨٢.

(٢) الجصاص، الفصول في الأصول، ٣٣٦/١، السرخسي، أصول السرخسي، ٨٢/١، السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٣٨، البخاري، كشف الأسرار، ٣٧٧/١، ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، ٤٠٣/١، لم يذكر الحنفية أن المسألة على قولين عندهم، بل النهي عند الجميع لا يدل على الفساد المرادف للبطلان.

(٣) الباقلاني، التقريب والإرشاد، ٣٤١/٢، الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦، العلوى الشنقيطي، نشر البنود، ٢٠٣/١، الأمين الشنقيطي، نثر الورود، ٢٣٨/١. الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٣/٢، الأصفهاني، الكاشف، ١٧٣/٤.

(٤) الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٧/١، الجويني، البرهان، ٢٩٢/١.

(٥) الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٧/١، السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٧، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦.

(٦) الغزالي، المستصفى، ١٠٠/٢.

(٧) الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٧/١، السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٧، السبكي، الإبهاج، ٦٩/٢.

(٨) عبد الجبار المعتزلي، المغني في أبواب التوحيد والعدل، ١٣٦/١٧، عبد الجبار المعتزلي، هو قاضي القضاة عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار الهمذاني الأسد أبادي أبو الحسن الأصولي=

الملقب بالجعل[١]، ونقل أيضا عن أبي عبد الله الأزدي[٢]، والقاضي أبي جعفر السمناني[٣]، وهو قول أكثر الفقهاء والمحققين كما نقله الجويني والغزالي والرازي[٤].

=وشيخ المعتزلة، ولي القضاء بالري ومات فيها سنة ٤١٥هـ، انظر السبكي، طبقات الشافعية، ١١٦/٣، ابن حجر، لسان الميزان، ٢١١/٤.

(١) البصري، المعتمد، ١٨٤/١، السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٧، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢ الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٣/٢.

أبو علي الجبائي هو: محمد بن عبد الوهاب بن سلام بن أبان الجبائي، أبو علي من أئمة المعتزلة ورئيس علماء الكلام في عصره، وإليه نسبه الطائفة الجبائية، كان فقيهاً ورعاً زاهداً متواضعاً، توفي (٣٠٣ هـ)، انظر المرتضى، طبقات المعتزلة، ٨٠، ابن خلكان، وفيات الأعيان، ٢٦٧/٤.

أبو هاشم: هو عبد السلام بن محمد بن عبد الوهاب المعتزلي الجبائي من أبناء أبان مولى عثمان، وهو ابن أبي علي الجبائي، عاش الفترة (٢٧٧-٣٢١هـ)، توفي ببغداد، له تصانيف كثيرة، وتبعته فرقة البهشمية نسبةً إلى كنيته، انظر المرتضى، طبقات المعتزلة، ٩٤، ابن خلكان، وفيات الأعيان، ١٨٣/٣، البغدادي، تاريخ بغداد، ٥٥/١١.

أبو عبد الله البصري هو: الحسين بن علي، أخذ العلم عن أبي عليٍ بن خلاد، ثم عن أبي هاشم، بلغ مبلغاً رفيعاً في الجد والاجتهاد، وهو من أصحاب أبي هاشم، لازم مجلس الكرخي طويلاً، صنف الكتب ت. ٣٦٧هـ، انظر المرتضى، طبقات المعتزلة، ١٠٥.

(٢) الباجي، إحكام الفصول، (١٢٦) وذكر اسمه الأدوي بدل الأزدي، الأصفهاني، الكاشف، ١٧٤/٤، العلائي، تحقيق المراد، ٢٨٩، أبو عبد الله الأزدي هو: محمد بن الحسين بن محمد المروزي الزاغولي، ويقال الأرزي، وزاغول قرية بنجدية، تفقه على السمعاني والهروي، كان صالحاً خشن العيش، جمع أكثر من أربعمائة مجلد، عاش الفترة (٤٧٢-٥٥٩هـ)، انظر الذهبي، تذكرة الحفاظ، ٨٩/٤.

(٣) الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٣/٢، الأصفهاني، الكاشف، ١٧٤/٤، وقال الأصفهاني كلمة السمعاني بدل السمناني، أبو جعفر السمناني هو: محمد بن أحمد ابن محمد السمناني، قاض حنفي أصله من سمنان العراق عاش الفترة (٣٦١-٤٤٤هـ)، نشأ ببغداد، وولي قضاء الموصل وتوفي بها، انظر الزركلي، الأعلام، ٢٠٦/٦، أبو الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، ٥٧/٣.

(٤) الجويني، البرهان، ٢٨٣/١، الغزالي، المستصفى، ١٠٠/٢، الرازي، المحصول، ٢٩١/٢، الآمدي الإحكام، ٤٠٧/٢.

ونسب الآمدي هذا القول إلى الجويني[(١)]، إلا أنني لم أجد له تصريحاً في كتبه، وغاية ما هناك أنه فصل في مسألة الصلاة في الدار المغصوبة، ورجح صحة الصلاة فيها، وهي من المنهي عنه لقبح المجاور، ولا تكفي في الدلالة على رأيه في محل الخلاف، إلا أن الإمام الجويني استعرض أدلة القائلين بالفساد ورد عليها مضعفاً إياها، وقد يفهم من موقفه هذا ما ذكره الآمدي عنه[(٢)].

أما ما يدل النهي عليه إن لم يكن دالاً على الفساد، فهي مسألة خلافية أيضاً، فمنهم من قال يدل على الصحة ومنهم من قال لا يقتضي فساداً أو صحة، ومنهم من يرى أنه لا يقتضي فساداً إلا بفوات ركن أو شرط، وهذه الأقوال تستحق بحثاً ضمن الدراسة لمذهب الحنفية في المسألة كما سيتضح لاحقاً.

**القول الثالث: النهي يقتضي الفساد في العبادات دون المعاملات.**

وهو قول أبي الحسين البصري[(٣)]، والرازي[(٤)]، وبعض أتباعه[(٥)]، وتاج الدين الأرموي[(٦)]، ونقل الزركشي عن الصفي الهندي أنه اختيار الغزالي والرازي[(٧)]، وأضاف عليه أنه اختيار الآمدي[(٨)]، وسيتم بيان أقوالهم بالتفصيل في الفصل الرابع، إن شاء الله تعالى.

---

(١) الآمدي، الأحكام، ٤٠٧/٢.

(٢) انظر الجويني، التلخيص، ٤٨٢/١، البرهان، ٢٩٢/١.

(٣) البصري، المعتمد، ١٨٤/١، الإسنوي، نهاية السول، ٢٩٥/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٤/٢.

(٤) الرازي، المحصول، ٢٩١/٢، ونقله عنه في المنتخب، الإسنوي، نهاية السول، ٢٩٥/٢، السبكي، الإبهاج، ٦٩/٢.

(٥) السبكي الإبهاج، ٦٩/٢، السبكي الابن، الأشباه والنظائر، ١١٦/٢، الإسنوي، نهاية السول، ٢٩٥/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٢/٢، ونقل الزركشي في البحر عن ابن الصباغ في العدة أنه قول متأخري الشافعية.

(٦) الإسنوي، نهاية السول، ٢٩٥/٢، الأرموي هو: تاج الدين محمد بن حسين الأرموي، عاش الفترة (٤٧٥-٥٣٧هـ)، قدم بغداد وتفقه فيها، ودفن بالكرخ، انظر السبكي، طبقات الشافعية، ٣٥٨/٣.

(٧) الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٤/٢.

(٨) المرجع السابق، ٤٤٥/٢.

## المطلب الثاني: آراء أصوليي الحنفية في حقيقة مفهوم الفساد وتطوره.

تبين من العرض السابق، أن للحنفية قولين في مسألة دلالة النهي على الفساد، فنقل عنهم القول بدلالته على الفساد، وبعدم دلالته على الفساد، ونقل القول بالفساد عن الحنفية البصري والجويني والآمدي والسبكي وغيرهم من المذاهب الأخرى، غير الحنفية أنفسهم.

ولم يصرح الحنفية بهذين القولين، باستثناء ما نقله الجصاص، الذي اختلف طرح المسألة عنده، عن غيره من الحنفية كالدبوسي والبزدوي والسرخسي، ويمتاز الجصاص في عرضه وبيانه للمسألة، وكتابه الفصول في الأصول من المصادر المتقدمة في التأليف المتوفرة بسهولة. والتي تعرض صورة المسألة، وفي ظني أنه لو كانت كتب المتقدمين متداولة ومنتشرة لما أشكل الأمر في فهم مسألة النهي والفرق بين البطلان والفساد، ولما كثرت النقولات عن الحنفية والتي تنسب إليهم القول بدلالة النهي على الصحة دون تحقيق، على ما سأبين في الصفحات اللاحقة.

واستعراضاً لتطور المفهوم عن الحنفية، أعرض كلام الأصوليين بحسب التاريخ وزمن التأليف مع مقارنتها بالمنقول عن الحنفية، ثم بعدها ألحق ما كتبه محمد بن الحسن في مؤلفاته الفقهية مما يشير إلى دلالة النهي وإن كانت بعيدة في فحواها عن قواعد الأصول، إلا أنه يمكن استنتاج بعض الفوائد منها.

### أولاً: أبو الحسن الكرخي ت(٣٤٠هـ):

لم يتعرض الكرخي في رسالته في الأصول إلى تفصيل مسألة البطلان والفساد، باستثناء ما قال أنه يفرق بين الفساد إذا دخل في أصل العقد وبين إذا دخل في عُلقة من علائقه، ومن مسائله إذا باع عبداً بألف درهم ورطلاً من خمر فسد البيع ولو أخرجا منه الخمر، لم يعد الجواز؛ لأن الفساد في أصل العقد، ولو باع عبداً بألف درهم مؤجلة إلى الحصاد فسد البيع لجهالة الأجل، ولو علم الأجل قبل مجيء وقت الحصاد عاد العقد إلى الجواز لأنه عُلقه من علائقه[1].

---

[1] الكرخي، الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية مطبوع مع تأسيس النظر، ٨٢.

وبهذا يظهر تفريق الكرخي بين نوعين من العقود، الأول باطل لا يمكن تصحيحه لأن الخلل في صلب العقد ومثاله الجمع بين بيع العبد والخمر في صفقة واحدة، والثاني فاسد يمكن تصحيحه لأن الفساد في علائقه وتوابعه وليس في أصله، ومثاله البيع مع جهالة الأجل، ويصحح بإزالة الجهالة ودفع الثمن.

### ثانياً: أبو علي الشاشي ت (٣٤٤هـ):

يعرض الشاشي في الكتاب المنسوب إليه[١]، لموضوع النهي في بحثين، الأول بعنوان تقسيم النهي إلى قسمين، والثاني بعنوان النهي عن الأفعال الحسية والشرعية، والملاحظ على ما جاء فيه:

١- لم يقسم المنهي عنه إلى أنواع بحسب محل القبح فيها.

٢- لم يفرق بين البطلان والفساد ولا بين العبادات والمعاملات والنكاح.

٣- لم يبحث موضوع دلالة النهي على الفساد.

**واهتم الشاشي بما يلي:**

١- الفرق بين الحسيات والشرعيات.

٢- تأثير النهي في الحسيات وهو القبح لعينه، والنهي في الشرعيات وهو القبح لغيره.

٣- حكم ارتكاب المنهي عنه في الحسيات والشرعيات.

٤- أثبت أن النهي عن الشرعيات يقتضي تقريرها وبقاء المشروعية للتصرف.

وعرض الشاشي موجزاً مختصراً لم يزل غموض المسألة، ولم يهتم بمسألة الفرق بين الأصل والوصف التي انتشرت عند المتأخرين، ولا بدلالة النهي، وماذا يفيد، وحتى في الأمثلة التي ذكرها، لم يفرق بين ما نهي عنه لمجاور أو لوصف ملازم.

---

(١) الشاشي، أصول الشاشي، ١٦٥-١٧٥، معه حاشية الكنكوهي، ويشكك البعض في نسبة الكتاب للشاشي.

أبو علي الشاشي هو: أحمد من محمد بن إسحاق أبو علي الشاشي، صار إليه التدريس بعد أبي الحسن الكرخي: كان عارفاً لمسائل الأصول، ت ٣٤٤هـ. انظر الغزي، الطبقات السنية، ٢/٤٠.

**ثالثاً: الجصاص ت (٣٧٠هـ):**

ينفرد الجصاص بنظرة متميزة للموضوع برمته، وهو الذي نقل قول الحنفية في دلالة النهي على الفساد، وهذا ما لا نجده عند غيره من الحنفية. وساق الأدلة على الفساد، وهي نفسها أدلة الجمهور، وقال "هو مذهب السلف وفقهاء الأمصار، ولا نعلم أحداً منهم قال: إن النهي لا يدل على فساد ما تناوله من هذه العقود أو القرب، بل ظاهر احتجاجاتهم، ومناظراتهم تدل على أن النهي عندهم يقتضي فساد ما تناوله من هذه العقود"[١].

وأضاف الجصاص استثناءً على هذا بما نقله عن أبي الحسن، أن الدلالة لو قامت على أن النهي تعلق بمعنى في غيره لا لنفسه، لم يوجب فساد العقود[٢].

ومما امتاز به الجصاص عن غيره، تقسيمه لأنواع النهي وتفريقه بين العقود والقرب أي بين المعاملات والعبادات، ولتوضيح وفهم مذهب الجصاص، أعرض خلاصة لتفصيله في أنواع العقود بحسب محل النهي فيها، ثم تقسيمه للقُرَب بعد ذلك، والملاحظات المستفادة من كل تقسيم من خلال المخطط التالي[٣]:

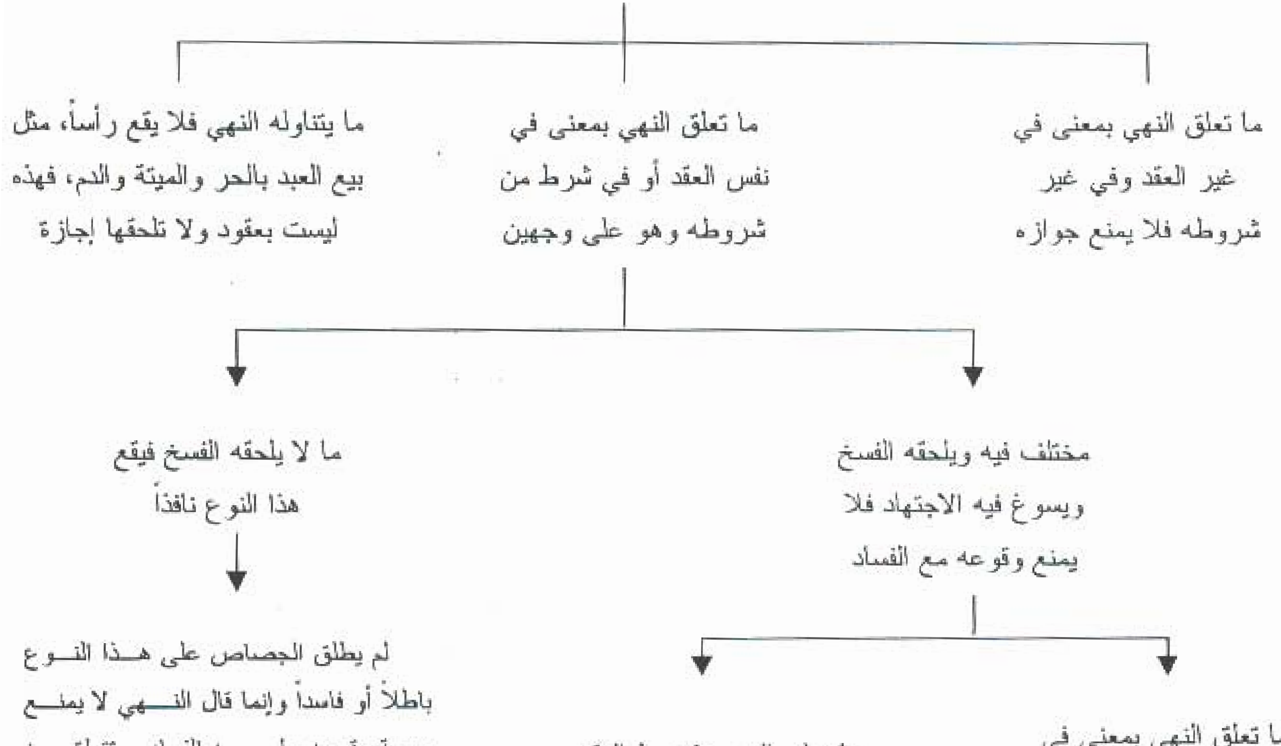
---

(١) الجصاص، الفصول في الأصول، ٣٣٨/١.

(٢) المرجع السابق، ٣٣٦/١.

(٣) التقسيم مستفاد من كلام الجصاص وتقسيماته انظر الفصول في الأصول، ٣٤٣/١-٣٤٧.

# تقسيم الجصاص لمحل النهي في العقود




ما تعلق النهي بمعنى في نفس العقد كبيع العبد بالخمر وبيع الغرر وبيع ما ليس عند الإنسان

ويوجب النهي في هذا النوع فساد العقد والنهي تعلق بالمعقود عليه بدلاً ومبدلاً

ما تعلق النهي بشروط العقد الخاصة كالقبض والأجل وإلحاق شرط به لا يوجبه العقد كأن لا يبيع ولا يهب.

يوجب النهي في هذا النوع. فساد العقد ولا يمنع من وقوع العقد على الفساد لأنها عقود مختلف فيها

لم يطلق الجصاص على هـذا النـوع باطلاً أو فاسداً وإنما قال النـهي لا يمنـع صحة وقوعه على وجه الفساد، وتتعلق بـه أحكام الصحيح بالملك عند القبض وأمثلته:

١- الطلاق في الحيض فلا يفسخ.
٢- العتق على وجه منهي عنه. كأن يعتق في مرض الموت إضراراً بالورثة.
٣- العفو عن دم العمد على أبدال منـهي عنها.
٤- النكاح على بدل منهي عنه.

## النتائج المستفادة:

١- فرق الجصاص بين العقود والقرب في النهي.

٢- تكلم عن النهي لمجاور بوضوح، وهو النوع الأول ضمن التقسيم السابق، وهو ما تعلق النهي فيه بمعنى في غير العقد وفي غير شروطه، فلا يمنع النهي من جوازها ومثالها البيع عند أذان الجمعة، وبيع حاضر لبادٍ وغيرها مما ليست محلاً للخلاف بين الحنفية والجمهور، واستدل الجصاص على جوازها بأدلة وأمثلة[١].

٣- يعرض الجصاص لقضية مهمة وهي أن النهي يقتضي الفساد، وأن الفساد لا يمنع الجواز في بعض الصور، ولا يقصد الجصاص بالفساد المعنى الاصطلاحي لها عند الحنفية، وإنما يشمل الفساد عنده كل المنهيات، فالنوع الثاني الذي وقع النهي فيه لمعنى في نفس العقد أو في شروطه، والنهي فيها يقتضي الفساد وهي على نوعين ما هو من البيوع المختلف فيها بينهم والتي تقع مع فسادها وتفسخ لإزالة الحرمة، أما التي لا يلحقها الفسخ فإنها تقع صحيحة مع النهي كالطلاق في الحيض، وبهذا يعطي الجصاص النكاح والعتق والعفو صفة خاصة وهي صحة الفعل مع النهي الوارد فيها، وإن كانت بعض الصور تصلح أمثلة للنهي عن المجاور كالطلاق في الحيض[٢].

٤- استدل الجصاص على جواز وقوع الأفعال مع الفساد بأدلة ثبتت فيها صحة الفعل مع النهي الوارد كما في قصة بريرة التي اشترتها السيدة عائشة رضي الله عنها، واشترطت الولاء لمواليها، ثم أعتقتها، ثم سألت النبي ﷺ عن ذلك، فأجاز عتقها"[٣] فالبيع فاسد بشرط الولاء والعتق صحيح.

٥- ومما يلحظ على كلام الجصاص عدم وضوح الفرق بين الباطل والفاسد ، ولعله لم يفرق بهذه الحدية كما فعل المتأخرون وإنما اكتفى بوقوع بعض الصور مع فسادها،

---

(١) انظر الجصاص، الفصول في الأصول، ٣٤١/١.

(٢) انظر الكنكوهي، عمدة الحواشي، ١٧٤.

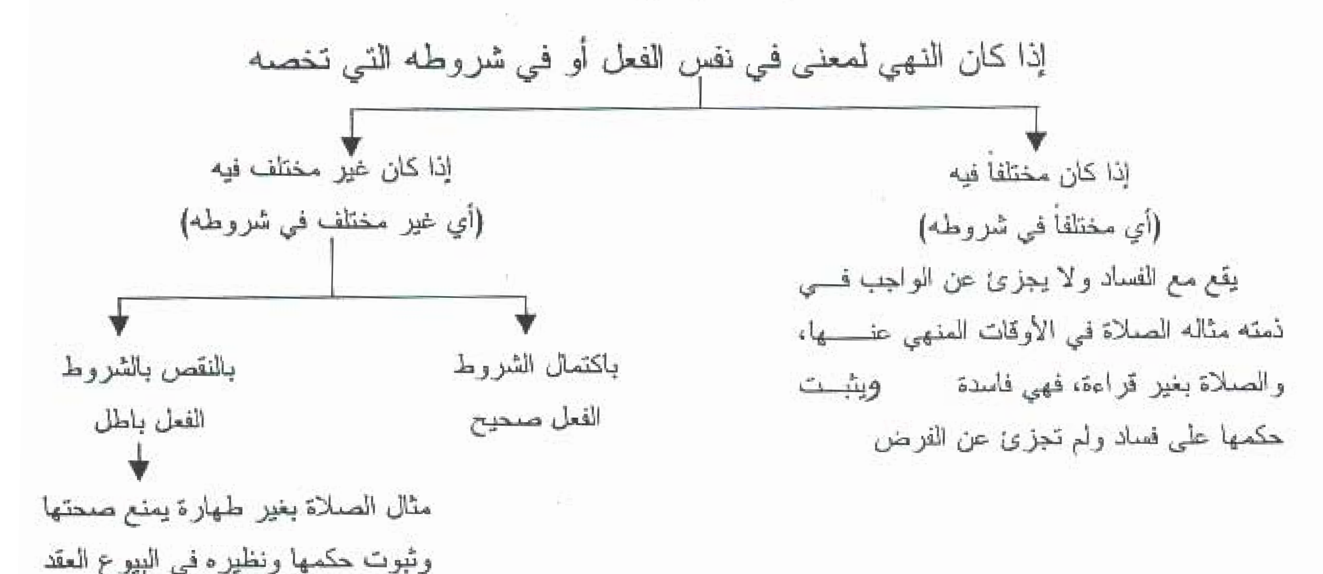
(٣) البخاري، صحيح البخاري بفتح الباري، ٢١٨/٥ كتاب: المكاتب، ح٢٥٦٠-٢٥٦٣، بروايات مختلفة عن الصحابة، باب (٤) بيع المكاتب ص ٢٥٦٤، باب (٥) ح ٢٥٦٥، وكتاب الشروط باب (١٠) ما يجوز من شروط المكاتب ح ٢٧٢٦ عن عائشة.

وذكر نوعاً من العقود غير واقع لتوجه النهي إليه رأساً وهو النوع الثالث عنده وهو ما يقابل الباطل، لكنه لم يفصل في طبيعته كثيراً، ويؤكد هذا أنه في موضع آخر قسّم العقد إلى جائز وفاسد وباطل مع البيان بالأمثلة دون الشرح[١].

٦- وتحدث الجصاص عن آثار البيع الفاسد أو المنهي عنه بسبب في معنى العقد أو في شروطه الخاصة، وأن القبض يفيد الملك، وأنه يجب فسخه، واعتبر القبض من الدلالة أو الاستثناء الذي يجعل العقد جائزاً مع الفساد[٢].

٧- ويستفاد أيضاً من بحث الجصاص في العقود، أنه استدل على دلالة النهي على الفساد بمثال الربا، والآيات الكريمة الدالة على حرمته وأنه فاسد وأن النهي تعلّق بالزيادة المأخوذة، وهو المثال الشهير في كتب الأصوليين على البيع الفاسد المنهي عنه لوصف ملازم، ويفيد الملك بالقبض، بينما عند الجصاص اختلف الأمر، فلم يذكر أياً من هذا، واكتفى بالقول أن النهي فيها يقتضي الفساد، ويقصد به الفساد المرادف للبطلان، ولكن ذلك لم يمنعه من الإشارة إلى صورٍ أخرى من الفساد، والتي قال عنها الفساد فيها لا يمنع من الجواز.

## تقسيم الجصاص للنهي في القرب (أي العبادات)[٣]




---

(١) الجصاص، الفصول في الأصول، ١/٣٤٥.

(٢) المرجع السابق، ١/٣٥١.

(٣) الجصاص، الفصول في الأصول، ١/٣٤٨.

## النتائج المستفادة:

١- اهتم الجصاص بالمنهي عنه لعين الفعل أو لشرط من شروطه، أما المنهي عنه لمجاور فقد سبق ذكره مع العقود، وشمل الحديث عنها العقود والقرب[١].

٢- تعرض لشروط العبادة المختلف فيها والمتفق عليها، وأن فقد الشروط في الثانية يُبطل العبادة أما فقدها في الأولى فيعطيها وصف الفساد، ولا يقصد به معنى اصطلاحياً خاصاً بل الفساد في العبادة يختلف عن العقود؛ لأن العبادة تقع صحيحة بخلاف العقود على ما سنوضح لاحقاً، ولعله ربط الأمر بمسألة الفرض والواجب والفرق بين ما ثبت بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني.

وبهذا يكون الجصاص فرّق بين العقود والعبادات والنكاح بصورة أوليّة وإن لم تأخذ العمق الكافي، وفرّق أيضاً بين دلالة النهي على الفساد، وجواز وقوع الفعل مع الفساد، واهتم بالفرق بين ما يحتمل الفسخ من العقود وما لا يحتمل الفسخ، ولم يظهر لمصطلح الفساد والبطلان ولمعنى الأصل والوصف أهمية عنده.

وختاماً لم يصنف الربا مع البيوع التي تقع جائزة مع الفساد واكتفى بها مثالاً على دلالة النهي على الفساد، ويلحظ عليه أنه تعامل مع العبادات بطريقة جديدة حيث قسمها إلى عبادة ذات شروط مختلف فيها، وعبادة ذات شروط متفق عليها، والخلاف في شروط الأولى لا يبطل العبادة بالنهي، بينما في الثانية يبطل العبادة بالنهي.

## رابعاً: الدبوسي (٤٣٠هـ) والبزدوي (٤٨٢هـ) والسرخسي (٤٩٠هـ).

ولهؤلاء الثلاثة منهج متقارب، يتقدمهم الدبوسي بحسب سنة الوفاة، ويتبعه البزدوي والسرخسي، حيث نقلا كلام الدبوسي حرفياً، ويظهر النقل جلياً عند البزدوي والسرخسي عن أبي زيد الدبوسي في تقويم الأدلة، وخلاصة ما كتبوه[٢]:

---

(١) الجصاص، الفصول في الفصول، ٣٤٢/١.

(٢) انظر على الترتيب، الدبوسي، تقويم الأدلة، ٥٣-٥٤، البزدوي، أصول البزدوي مع كشف الأسرار، ٣٧٦/١، السرخسي، أصول السرخسي، ٧٩/١.

١- اتفق الثلاثة على بحث الموضوع تحت عنوان النهي، مفتتحين العرض ببيان موجب النهي ومقتضاه، دون التعرض لدلالة النهي على الفساد أو البطلان.

٢- واتفقوا على خوض الأمر من خلال الحديث عن النهي المطلق في الحسيات والشرعيات وما يفيده كل نوع، حيث يقتضي القبح لعينه في الحسيات والقبح لغيره في الشرعيات، ولم يفرق الدبوسي في القبح لغيره في الشرعيات بين الوصف الملازم والمجاور في محاولة إثباته أن القبح ليس لذاته بل لغيره بخلاف البزدوي والسرخسي، وإن رجح الدبوسي في بعض المواضع أنه لوصف ملازم، إلا أنه لما استدل لم يفرق بين النوعين[(١)].

٣- تميز الدبوسي بتقسيم واضح بيّن لأنواع المنهي عنه بحسب محل القبح، وتبعه البزدوي والسرخسي، وامتاز تقسيم الدبوسي بدقته في البيان والأمثلة بخلاف السرخسي، الذي اختلطت أمثلته ولم يفصل في القبيح لعينه[(٢)].

٤- اهتموا بالتفريق بين الأفعال الحسية والشرعية من حيث المعنى.

٥- لم يفرقوا بين العبادات والمعاملات في الحكم، إلا أنهم استثنوا النكاح لعدم إمكانية اجتماع الحرمة وملك النكاح، بخلاف المعاملات[(٣)].

٦- ذكروا حجة الإمام الشافعي في إثبات أن النهي عن الشرعيات يقتضي قبح عينها لا لغيرها واستثناءات الإمام للظهار والحج والطلاق في الحيض، نفسها تتكرر عند الجميع ونقلوا كلام الإمام محمد في إثبات أن النهي يقتضي القبح لغيره، وأضاف السرخسي عليها أدلة تختص باختيار العبد وكسبه، كما سأبين لاحقاً[(٤)].

٧- يمتاز البزدوي والسرخسي بإبراز الفرق بين الأصل والوصف، واصطلاح الفساد والبطلان[(٥)].

---

(١) انظر المراجع السابقة على الترتيب، ٥٣، ٣٧٦/١، ٨٠/١.

(٢) المراجع السابقة على الترتيب، ٥٧، ٤٢٤/١، ٨٠/١.

(٣) المراجع السابقة على الترتيب، ٥٤، ٤١٢/١، ٨٢/١-٨٩.

(٤) المراجع السابقة على الترتيب ٥٣-٥٦، ٣٧٨/١-٣٨٠، ٨٢/١.

(٥) البزدوي، أصول البزدوي، ٣٨٩/١-٤١٠، السرخسي، أصول السرخسي، ٨٣/١-٨٥.

ولم يظهر عند الجميع التأثر بمنهج الجصاص فيما يتعلق بالجمع بين دلالة النهي على الفساد وجواز وقوع الفعل.

**خامساً: المتأخرون في التسلسل الزمني:**

ويقصد بهم من تأخر بعد السرخسي، كالسمرقندي ت (٥٣٨) والخبازي (٦٩١هـ) والنسفي (٧١٠هـ) والبخاري (٧٣٠هـ)[1] وغيرهم ممن أتى بعدهم، إذ لم تختلف مناهجهم في بيان المسألة، وخلاصة ما لديهم هي:

١- اهتموا بتقسيم المنهي بحسب محل القبح فيه بوضوح وبأمثلة موسعة ومفصلة.

٢- فرقوا بين الحسيات والشرعيات بدقة ومقتضى النهي في كلٍ منها.

٣- فرقوا بين الفاسد والباطل بدقة، خاصة عند من ألّف على طريقة الجمع بين الطريقتين كابن الهمام وشرّاح التحرير بعده.

٤- لم يختلفوا في استثناء أمر النكاح من مسائل الفساد.

٥- استثنى المتأخرون منهم كابن الهمام أمر العبادات من الفساد وأبقوا القضية على المعاملات، ولعل هذا تأثرٌ بمنهج بعض المعتزلة كأبي الحسين البصري في التفريق بين العبادات والمعاملات.

٦- اهتم المتأخرون ممن جمع في التأليف على الطريقتين كابن الهمام وابن عبد الشكور بمسألة دلالة النهي على الفساد، اتباعاً لمنهج الجمهور فيها بخلاف من تقدمهم في التأليف والذين ساروا على منهج متفق مع الحنفية في عدم الاهتمام بهذه القضية.

**سادساً وأخيراً: مؤلفات محمد بن الحسن الشيباني الفقهية:**

وتأخير استعراض مؤلفات محمد بن الحسن، رغم تقدمه على سابقيه فهو صاحب الإمام أبي حنيفة وناقل مذهبه، إلا أنّ موروثه من المؤلفات المطبوعة فقهي لا أصولي،

---

(١) انظر مراجعهم على الترتيب، ميزان الأصول، ٢٣٨، المغني، ٧٤، كشف الأسرار، ١٤٦/١، كشف الأسرار، ٣٧٧/١.

وما استطعت من خلالها التعرف على مذهبه الأصولي أو نقولاته عن الإمام أبي حنيفة، لأنها ليست مختصة بالقواعد الأصولية.

ومن كتب الإمام المطبوعة، رسالة الكسب، وكتاب الاكتساب في الرزق المستطاب وهما في أحكام الرزق الحلال وما يتعلق به من نصوص ومسائل كالزهد والسرف وفضل العمل وغيرها.

وكتاب الأمالي وتضمن مسائل متعددة في قضايا فقهية في الدعوى وفي الدار المشاع وفي المرابحة والبيوع وغيرها، وكتاب الآثار والحجة على أهل المدينة ، والجامع الكبير، والأصل وهي في الأبواب الفقهية وعلى نسق المؤلفات الفقهية باستعراض أبواب العبادات والمعاملات والنكاح وغيرها. وأما كتاب المخارج في الحيل، فقد تتضمن حيلاً في بعض أبواب الفقه، وكتاب السير الكبير اختص بأحكام الجهاد والحروب ودار الحرب والأمن وما يتعلق بهما.

وباستعراض باب المعاملات من كتاب الأصل -وذلك لوضوح الأمر في المعاملات عندهم- وجدت إشارات للبيع الفاسد وبعض المسائل الفقهية المتعلقة به، إلا أنها ليست بوضوح كتب المتأخرين ولا بتصريحاتهم حول الفرق بين البطلان والفساد.

وعلى سبيل المثال، من اشترى ألف درهم إلا ديناراً، ومن اشترى بنسيئة كذا وبنقد كذا، فبيعه فاسد[١]، وبيع الغرر فاسد، وبيع جارية واستثناء ما في بطنها فاسد[٢]، ويعبّر أحياناً بلفظ البطلان كما في بيع الصوف على الغنم واللبن في الضرع[٣]، وقد يستخدم لفظ الفاسد والباطل لنفس العقد، حيث قال من اشترى عبدين في صفقة واحدة، وأحدهما حر، فالبيع فاسد كما لو باع خنزيراً وميتة، ألم يبطل البيع كله؟[٤] وقال لو اشترى دنين[٥] من خل فإذا أحدهما خمر، كان البيع فاسداً باطلاً لا يجوز واحد منهما[٦].

---

(١) محمد بن الحسن، الأصل، ٨٨/٥.

(٢) المرجع السابق، ٩٤/٥.

(٣) المرجع السابق، ٩٤/٥.

(٤) المرجع السابق، ٨٤/٥.

(٥) دنين: مفردها دنٌّ وهو وعاء ضخم للخمر ونحوها، انظر إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ٢٩٩/١.

(٦) محمد بن الحسن، الأصل، ٨٤/٥.

وفي موضع آخر من كتابه الجامع الكبير، ضرب مثالاً على ما يفهم منه معنى الفساد اصطلاحاً بقوله لو باع رجل عبداً بألف درهم ورطل من خمر فهو بالخيار شهراً، فقبضه المشتري جاز وعليه قيمته[١].

والمستفاد من كلام الإمام، أن الفرق بين الفساد والبطلان اصطلاحاً غير واضح عنده فيما يفهم من كتبه. وفي بعض الأمثلة استخدم لفظ الفساد والبطلان لنفس العقد دون تفريق، وأشار في بعض الأمثلة إلى تصحيح الفعل مع الفساد، كتصحيح العتق والقبض.

فمنطق التفريق بين الفساد والبطلان اتضح في كتب متأخري الحنفية، ولعله تعمق وتأسس مع بداية الكتابة الأصولية فيما بعد الجصاص، فلا الإمام محمد بن الحسن ولا الكرخي، أفادا في الفرق بينهما ولعل السبب في أن المطبوع من كتبهم هو الفقه، ولا موروث من أصولهم مطبوع، أما الجصاص فجاءت بعض التوضيحات المتميزة عنده في أصوله، ولكنها ليست بعمق الفرق عند المتأخرين بعده.

## ما نقلته المذاهب الأخرى عن الحنفية:

ذكرت من خلال المطلب الأول في آراء العلماء حول دلالة النهي على الفساد، نقولات بعضهم من غير الحنفية عن أبي الحسن الكرخي وعن كثير من الحنفية في أن النهي لا يدل على الفساد، في حين لم يصرح المتقدمون بهذا النقل باستثناء بعض المتأخرين كابن الهمام، ولعل اختلاط قولهم بفساد البيوع وتقرير المشروعات وتفسير النهي في الشرعيات لقبح غيره، هو السبب والدافع في نقل القول بعدم الفساد عن الحنفية، وهي عين المسألة التي ذكر الجصاص بانفكاك الجهة بينهما، بل كيف لا يدل النهي على الفساد عند الحنفية، وهم ينادون بالفساد المغاير للبطلان، وهذا اضطراب عند الأصوليين في استخدام لفظ الفساد مرده عدم التفريق بين ما يدل عليه النهي وبين مصطلح الفساد، والجصاص عندما رجح دلالة النهي على الفساد لم يقصد المعنى الاصطلاحي للفساد؛ لأن الاصطلاح عنده لم يتحدد كما هو الحال عند المتأخرين، فهو يجمع بين الفساد وجواز الوقوع دون إطلاق تسمية مخصوصة عليها.

---

(١) محمد بن الحسن، الجامع الكبير، ٢٨٢.

ويزداد الأمر سوءاً -في ظني- أن ينقل عن الحنفية بأن النهي يدل على الصحة، كما نقله الغزالي[١] والرازي[٢] عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن. ولا يعقل صحة هذا النقل مع العرض السابق، ولعله اختصار مخل بالمعنى بدليل أن ابن الهمام يرى أن النهي يدل عل الصحة[٣]، وفسرّها بصحة الأصل وفساد الوصف، كما بيّنه ابن أمير الحاج[٤].

وإطلاق لفظ الصحة مشكل، وادعاء نسبته للحنفية يُظَنُ منه بُعْدُهم عن المنهج السليم، وهو في الحقيقة غير دقيق، وليس الأمر كذلك عند الحنفية، فلا يعقل أن يدل نهي الشارع على صحة الفعل بإطلاق.

وتصديقاً للناقلين عن الحنفية، فإن النهي لا يدل على الفساد المرادف للبطلان أي أن النهي لا يدل على البطلان، وبهذا يستقيم كلام الناقلين وحقيقة المذهب الحنفي، وربما لم يهتموا بعبارة البطلان؛ لأنه لا فرق بين الفساد والبطلان عندهم.

## المطلب الثالث: من سار على نهج الحنفية في عدم دلالة النهي على الفساد (البطلان).

لم يقتصر القول بعدم دلالة النهي على الفساد على الحنفية فقط، بل تبعهم أكثر علماء الكلام، ونقل عن أكثر الفقهاء والمحققين، ولكنهم اختلفوا فيما يدل عليه النهي؟ على النحو التالي:

نقل الجويني وابن قدامة عن بعض الفقهاء، أن النهي لا يقتضي فساداً ولا صحة. ولم يحددا هوية القائلين به[٥]، وقال الطوفي إنه "قول بعض الفقهاء وعامة المتكلمين ؛ لأن النهي خطاب تكليفي لفظي، والصحة والفساد من قبيل خطاب الوضع، وليس بين الخطابين رابط عقلي، حتى يقتضي أحدهما الآخر، وإنما تأثير الفعل المنهي عنه في الإثم،

---

(١) الغزالي، المستصفى، ١٠٢/٢.

(٢) الرازي، المحصول، ٣٠٠/٢.

(٣) ابن الهمام، التقرير والتحبير، ٣٩٩/١، الأنصاري، فواتح الرحموت، ٣٩٦/١.

(٤) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ٤٠٠/١.

(٥) الجويني، التلخيص، ٤٨٢/١، ابن قدامة، روضة الناظر، ٦٥٤/٢.

لا في صحته كما يقول أبو حنيفة، ولا في فساده كما يقول غيره، فإن اقترن بالإثم في فعل المنهي عنه صحة أو فساد، فذلك لدليل خارج"(١).

ومفاد كلام الطوفي أن النهي لا يدل على معنى إلا بدليل وهو أشبه بقولنا بالتوقف، فلا يدل على صحة أو فساد ولا علاقة بين الصحة والفساد وبين دلالة النهي، ولعله قصر دلالة النهي على التحريم أو الكراهة، باعتبارها أحكاماً شرعية، وهو قول القاضي أبي بكر الباقلاني(٢) وقول قاضي القضاة عبد الجبار المعتزلي حيث إن ظاهر النهي يدل على القبح فقط، وبطلانه وفساده موقوف على الدلالة، وهو الذي اختاره شيوخهم، وذلك يعني أن النهي قد يحصل مع كون الفعل مجزئاً غير فاسد ولا باطل(٣).

وأما القول الثاني وهو للغزالي مفاده أن النهي لا يدل على الفساد، وإنما يعرف فساد العقد والعبادة بفوات شرطه أو ركنه، ويعرف الشرط بالإجماع على شرطيته كالطهارة في الصلاة وستر العورة واستقبال القبلة، أو بالنص على شرطيته أو بصيغة النفي الدالة عليه، كقوله ﷺ: "لا صلاة إلا بطهور"(٤) فهو ظاهر في النص من نفي صحة الصلاة بدون شرطها، وإما بالقياس على منصوص، فكل نهي يتضمن ارتكابه الإخلال بالشرط، فيدل على الفساد من حيث الإخلال بالشرط، لا من حيث النهي، ومثاله، شرط المبيع أن يكون مالاً متقوماً مقدوراً على تسليمه ومعيّنا، فيفسد العقد بدونها، بينما لا تشترط في النكاح هذه الشروط في الصداق، فلا يفسد النكاح إذا عقد النكاح على خمر أو خنزير، وإن كان منهياً عنهما، ولا فرق بين الطلاق السني والبدعي في النفوذ وإن اختلفا في

---

(١) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٤٣٦/٢، ابن بدران، نزهة الخاطر، ١١٤/٢.

(٢) محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود، ٢٣٨/١، قال الباجي هو قول أبي بكر دون أن يحدد من هو، أنظر إحكام الفصول، ١٢٦، ونقل العلوي الشنقيطي أنه قول القاضي منا (أي من المالكية) ويقصد به الباقلاني، انظر نشر البنود، ٢٠٣/١.

(٣) قاضي القضاة، المغني في أبواب التوحيد والعدل، ١٣٦/١٧.

(٤) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٢٦/٣، ح١٤١٠ برواية ابن عبد الله، وشرحه ابن حجر وهو عن الصدقة وذكر رواية أبي كامل "لا يقبل الله الصلاة إلا بطهور" لأبي داود عن أبي المليح مرفوعاً "لا يقبل الله الصلاة من غلول ولا صلاة بغير طهور "وإسناده صحيح عند ابن حجر، وانظر أبو داود، سنن أبي داود، ١٧٧/١، ح٦٠، وانظر رواية في البخاري قريبة المعنى، ٢٨٢/١ باب (٢) (لا تقبل صلاة بغير طهور) ح١٣٥ "لا يقبل صلاة من أحدث حتى يتوضأ" برواية أبي هريرة.

التحريم، ولا فرق بين النهي لعينه ولغيره في الدلالة على الفساد وعدمها؛ لأن الاعتماد على فوات الشرط، ويعرف الشرط بالدليل لا بمجرد النهي[١].

وفي كلام الغزالي مغالاة ومبالغة، فلا يفصل القول بالفساد عن النهي وإن كان يعرف بفوات الشرط أو الركن، فالنهي الوارد في وجوب اكتمال الشروط وعدم الإخلال بها، دليل على عدم صحة الفعل ولا ينفصل النهي عن الدلالة، وإلا لما كانت لنواهي الشرع فائدة.

واعترض العلائي على كلام الغزالي، ووصفه بالتناقض بين ما كتبه في كتبه الأصولية وكتبه الفقهية، حيث قال في الوسيط، "إن مطلق النهي عن العقد يدل على فساد العقد، إلا إذا ظهر تعلق النهي بأمر آخر مجاور للعقد، كالبيع وقت النداء"، وتنقسم المناهي عنده إلى نوعين ما لا يدل على الفساد كالنهي عن النجش، وما يدل على الفساد للخلل في أركانه وشروطه[٢].

واعتبر العلائي أن هذا التناقض لا يليق بمنصب الغزالي في العلم[٣]. فما اعتمده في المستصفى، خالفه في الفقه واتبع نهج الشافعية في دلالة النهي على الفساد وفي تقسيماتهم للمناهي الفاسدة، ولعل الغزالي في الأصول تأثر بأقوال بعض الأصوليين في هذه المسألة، ولعل أحد الكتب من آخر ما ألّف وغيّر، أما رأيه من الناحية الأصولية فهو ضعيف مردود، فلا يعقل أن تجرد أوامر الشارع ونواهيه عن الفائدة والأثر، بل إن الشروط والأركان ما عرفت شرطيتها وركنيتها إلا من خلال النصوص الدالة أو فعله ﷺ، فالمجموع يعطى أثراً محدداً ، وارتباط بعض النصوص ببعضها الآخر يعين على فهم أثر النهي في الواقعة.

---

(١) الغزالي، المستصفى، ١٠٥/٢ وانظر الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٦/٢.

(٢) العلائي، تحقيق المراد، ٣٠٥، الغزالي، الوسيط، ٦٣/٣-٨٩.

(٣) العلائي، تحقيق المراد، ٤٠٥.

# المبحث الثاني

## أدلة الحنفية على مشروعية الأصل في النهي عن المشروعات وأدلة من تبعهم في عدم دلالة النهي على الفساد (البطلان)

تبين مما سبق أن محل الخلاف في النهي المطلق عن الشرعيات، وفي كيفية صرف النهي فيها لقبح عينه أو لقبح غيره؟ واهتمّ متقدمو الحنفية في إثبات بقاء المشروعية والجواز، واهتمّ المتأخرون منهم ومن تبع الحنفية بإثبات عدم دلالة النهي على الفساد، فكانت الأدلة بناءً على ذلك على نوعين، أدلة الحنفية في إثبات مشروعية الأصل، وأدلة غير الحنفية في إثبات عدم دلالة النهي على الفساد.

### المطلب الأول: أدلة الحنفية

استدل الحنفية على مشروعية أصل التصرف بعد النهي، بأدلة عقلية منقولة عن الإمام محمد بن الحسن، وحاولوا إثبات المشروعية في النهي المطلق عن الأفعال الشرعية، وتفسير النهي الوارد على القبح لغيره إلا إذا قام الدليل على أن النهي ينصرف إلى أصل المشروعية[1].

ومن خلال البحث في كتب محمد بن الحسن، لم أجد له تصريحاً أو نصاً بمضمون هذه الأدلة العقلية، ولعلهم استفادوها من مراجع أصولية غير مطبوعة، أو رسائل لم أتمكن من العثور عليها.

#### الدليل الأول:

وهو لمحمد بن الحسن مفاده أن النهي في العقود الشرعية والعبادات للتحريم، ومن ضرورة التحريم بقاء أصلها مشروعاً؛ إذ لا تكوّن لها إذا لم تبق مشروعة وبدون التكوّن لا يتحقق تحريم الأداء ، وفي بقاء المشروع مشروعاً مراعاة لحقيقة النهي ولا يكون تركاً للحقيقة بخلاف النهي في الأفعال الحسية فليس من ضرورة حرمتها انعدام التكون فيؤثر

---

(١) الدريني، بحوث مقارنة، ٢٨٧/١.

التحريم في إخراجها من أن تكون مشروعة وإلحاقها بما هو قبيح لعينه، وفي نهي الرسول ﷺ عن صوم يوم العيد وأيام التشريق[1]، حيث نهانا عمّا يتكون وعما لا يتكون، والنهي عما لا يتكون لغو، فلا يستقيم أن تقول للأعمى لا تبصر، وللآدمي لا تطر، فلما نهى عن صوم يوم العيد وأيام التشريق، نهى عن صوم يوم شرعي لا لغوي، بدليل أن من صام لحمية أو مرض أو قلة اشتهاء، لا يكون مرتكباً للنهي، وموجب النهي هو الانتهاء، وهو لا يقع على المعدومات بل على الموجودات فكان من ضرورة صحة النهي، بقاء المنهي عنه مشروعاً، وإلا لكان نسخاً، يراد به الرفع وإعدام اختيار العبد، والنهي ليس رفعاً بل منعاً من الأداء، فتبقى المشروعية، ويصبح الأداء فاسداً، ويحرم الفعل[2].

**الرد على الدليل:**

اعترض السمعاني على دليل الحنفية، بأن تصور المنهي عنه ممكن مع النهي، وليس كما قال الحنفية، وأن غاية النهي إعدام الشيء شرعاً لا إعدامه حساً، فالمنهي عنه متصور حساً، فصح النهي، والصوم المنهي عنه ليس الصوم لغة؛ لأن مجرد الإمساك ليس صوماً وإنما النهي توجه إليه بالمعنى الشرعي كسائر المنهيات، وحقيقة الصوم متصورة مع النهي، فما هو إلا النية مع الإمساك من العبد، وهذا الفعل من العبد بهذه الصورة متصور، إلا أنه لا يعدّ صوماً شرعياً لعدم إطلاق الشرع ذلك، ولعدم قبوله له بسبب النهي الوارد فيه، ويكون العبد عاصياً بفعله، فلا حاجة لما ادعاه محمد بن الحسن من ضرورة إبقاء المشروعية لإمكانية تصور المنهي عنه[3].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٢٨٠/٤ الباب ٦٦ صوم يوم الفطر برواية عمر بن الخطاب ح ١٩٩٠، باب ٦٧ ح ١٩٩٣ برواية أبي هريرة، باب ٦٨ صيام أيام التشريق حديث ابن عمر ح ١٩٩٨.

(٢) الدبوسي، تقويم الأدلة، ٥٦-٥٧، البزدوي، أصول البزدوي، ٣٨٩/١-٣٩٠، السرخسي، أصول السرخسي، ٨٥/١-٨٦، ابن ملك، شرح المنار، ٢٦٩، التفتازاني، التلويح، ٢١٦/١، وانظر: السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٣٢، الغزالي، المستصفى، ١٠٣/٢، الرازي، المحصول، ٣٠٢/٢.

(٣) السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٤١.

وهذا الرد غاية في البيان، ورفض لمنطق الحنفية في التفكير بل وفي الجمع بين حقيقة النهي وتحقق المنهي عنه، فكي لا يصير كلام الشارع لغواً لابد من التصحيح وإبقاء مشروعية الأصل عند الحنفية ، وهذا مرفوض؛ لأن حقيقة النهي متحققة دائماً في الابتعاد عن المنهي عنه، وفي وقوع الإثم بفعل المنهي عنه ولا يلزم تصحيحه ولا القول بالمشروعية. فالزنا وشرب الخمر والصلاة بدون طهارة كلها منهيات، يمكن وقوع العبد فيها، وليس ضرورة تصحيح النهي، أن أحسب الوقوع فيها مشروعاً من حيث أصله، فلا حاجة لهذا التوجيه، وفعل العبد للمنهي عنه عبادة كان أو معاملة ممكن متحقق ولكن لا يصدق عليه المعنى الشرعي لوقوع النهي فيه.

واعترض القرافي على كلام الحنفية من وجه آخر وهو أن قولنا للأعمى لا تبصر وللمقعد لا تطر لا يجوز، وهو يختص في الصحة العادية للفعل، من قيام وقعود وحركة، والأفعال الشرعية لا تخلو من الصحة العادية إلى جانب الصحة الشرعية، وهي ليست محلاً للخلاف، وإنما الخلاف في الصحة الشرعية وهي الإذن الشرعي على جواز الإقدام على الفعل، ويشمل جميع الأحكام الشرعية إلا التحريم فلا إذن فيه، ولا نزاع في أنه ليس في الشريعة منهي عنه ولا مأمور به ولا مشروع على الإطلاق، إلا وفيه الصحة العادية، واتفقوا على أن اللغة لم يقع فيها طلب وجود ولا عدم إلا فيما يصح عادة وإن جوزنا التكليف بما لا يطاق، فذلك بحسب ما يجوز على الله تعالى، لا بحسب ما يجوز في اللغة، ودليل الحنفية لا يمس محل النزاع[١]. وتوجيه القرافي للأمر سديد وقياس تصحيح الفعل على عدم صحة قولنا للأعمى لا تبصر، غير سليم، فالصحة الشرعية أمر مختلف عن الصحة العادية.

ونقل القرافي رداً للرازي على دليل الحنفية إنه وإن سلمنا أن الدليل يدل على الصحة الشرعية، لكن الصحة التي أثبتموها صحة متقدمة على النهي لا متأخرة عنه، والمطلوب عند الحنفية الصحة المتأخرة، فالمُوَكِّل إذا عزل وكيله بقوله لا تبع، فيكون النهي عزلاً له ونسخاً للصحة السابقة[٢]، فدليل الحنفية في إثبات مشروعية الفعل، والمطلوب إثبات ترتب الآثار على الفعل.

---

(١) القرافي، تنقيح الفصول، ١٧٦، ونفائس الأصول، ١٧٨٠/٤، وانظر الزركشي، البحر المحيط، ٤٥٠/٢، الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٤٣٦/٢، ابن النجار، الكوكب المنير، ٤٧٢/١.

(٢) القرافي، تنقيح الفصول، ١٧٦، ونفائس الأصول، ١٧٨٠/٤.

ورد الرازي ضعيف؛ لأن الحنفية وإن أثبتوا صحة متقدمة، فستُلحق تباعاً للصحة المتأخرة، وضعف دليل الحنفية لا يكمن في رد الرازي وإنما فيما أثير سابقاً.

**الدليل الثاني:**

استدل الحنفية من كلام محمد بن الحسن أن الابتلاء والاختبار لا يتحقق في المنهيات إلا ببقاء المشروعية، ليضاف الفعل إلى كسب العبد واختياره ومن ثم يتحقق معنى الابتلاء بالكف والانتهاء، فيثاب أو يأثم بالزلل والوقوع في المعصية، والنهي يوجب إعدام المنهي عنه بفعل مضاف إلى كسب العبد واختياره؛ لأنه ابتلاء كالأمر، ولا يتحقق إلا ببقاء اختيار العبد فيه، فإن انتهى العبد عن الفعل كان مثاباً، وبقاء المشروعية لا ينافي صفة القبح وهو مقتضى النهي، فيثبت القبح والحرمة إذا أقدم العبد على الفعل المنهي عنه، كالإحرام بعد فساد الحج[١].

فيجوز عند الحنفية اجتماع المشروعية والحرمة؛ لأن الحرمة والملك يجتمعان بحكم الشرع، والمشروعية لا تعني الإباحة ولا الطاعة أو القربة خلافاً للجمهور، وإنما يراد بها ترتب الأثر واستتباع الغاية[٢].

**الرد على الدليل:**

يحاول الحنفية إثبات بقاء المشروعية، من خلال فعل العبد وكسبه واختياره، وتحقق الابتلاء والاختيار، والأمر ليس مستحيلاً فالابتلاء والاختيار متصور مع إعدام المشروعية أيضا وهي ضرورة وعليها الأجر والثواب، وكأن الحنفية يقصرون أمر الاختيار في المنهي عنه لوصف ملازم، وعليه يصححون أصل المشروعات من الربا وصوم النحر وغيرها ليتحقق معنى الابتلاء، بمعنى أنه إن ارتكب المنهي عنه بمسمّاه الشرعي وهو الربا أو الصوم وقع الحساب وإلا فلا.

وهذا غريب، فكيف لو كان المنهي عنه قبيحاً لعينه، ألا يتحقق الابتلاء كمن شرب الخمر، أو وقع في الزنا، فالفعل متحقق والابتلاء وارد ولو قيل أن هذه أفعال حسية،

---

(١) البزدوي، أصول البزدوي، ٣٩٠/١، السرخسي، أصول السرخسي ٨٧/١، النسفي، كشف الأسرار، ١٤٦/١.

(٢) الدريني، بحوث مقارنة، ٢٨٣/١، ٢٨٧.

والمطلوب النهي عن الشرعيات، قلت لا فرق بينهما، بدليل أن من صلى بغير طهارة أو ستر عورة فهو من القبيح لعينه الذي لا يصدق عليه المسمّى الشرعي للصلاة، أليس الابتلاء والإثم واقعاً على من فعله عامداً متعمداً؟ بالطبع نعم، فأين المشكلة إذن؟

ولِمَ يضطر الحنفية لإبقاء المشروعية لتحقق معنى الابتلاء، وما الفرق بين القبيح لعينه والقبيح لوصفه الملازم، ولم يُفسر النهي في المشروعات بطريق خاص ويصرف النهي عن القبح العيني، ولم يغاير بين العين والوصف الملازم أصلاً؟ فطريق الحنفية عقلي، وما استدلوا به ضعيف، وتفريقهم بين النهي والنسخ من حيث الابتلاء في هذا الباب غير متجه، إذ يرون أن النسخ هو إعدام المشروعية ورفع لها بدون اختيار العبد، فينعدم أداء العبد باعتبار أنه لم يبق مشروعاً، بينما النهي تصرف في منع المخاطب من أداء ما هو مشروع في الوقت، فيكون انعدام الأداء منه انتهاءً عمّا نهي[1].

فكلاهما –في رأيي– من حيث الابتلاء واحد، فالتوجه إلى بيت المقدس منسوخ، ولو فعلها المصلي، لم يعتبر فعله صلاة، ولو تعمّد الفعل ومع تغيير القبلة فإنه يقع في الحرمة والإثم، ففعل العبد متصور وغير منعدم فيها.

**الدليل الثالث:**

قال الحنفية: إن قبح المنهي عنه يؤدي إلى إبطال النهي، ويصيّر النهي نسخاً، وفي إبطال النهي إبطال للقبح الذي ثبت مقتضى للنهي فيكون المقتضى مبطلاً للمقتضي، واعتبار القبح في عين المنهي عنه عائدٌ على موضوعه بالنقض ومبطلاً للنهي وذلك باطل[2].

يعلل الحنفية حقيقة صرف النهي إلى قبح الوصف الملازم في الشرعيات دون قبح العين، لئلا يبطل النهي؛ لأن بالقبح العيني يصير النهي نسخاً وإثبات المقتضى وهو القبح يبطل المقتضي وهو النهي.

---

(١) السرخسي، أصول السرخسي، ٨٦/١.

(٢) الخبازي، المغني، ٧٤-٧٥، البخاري، كشف الأسرار، ٣٨٩/١٢، ابن ملك، شرح المنار، ٢٦٨، وانظر السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٣٣.

**الرد على الدليل:**

إن ضعف هذا الدليل ظاهر، والقول به مردود بالمنهي عنه لقبح عينه، فهل يكون قبح عينه مبطلاً للنهي فيه، والنهي في الحسيات والذي يصرف إلى قبح عينه يبطل النهي، بمعنى عدم إمكانية تصور المنهي عنه؟ فهذا مردود.

**الدليل الرابع:**

ومن أدلتهم في إثبات مشروعية الأصل، الاعتماد على مبدأ التعارض والترجيح، إذ يتعارض دليل المشروعية، وبقاء المنهي عنه وتصوره، ودليل القبح الذي يقتضيه النهي، والجمع بين الأدلة أولى من ترجيح أحدهما على الآخر، فدليل المشروعية العام في جميع المشروعات قائم قبل النهي عن الفعل المشروع، ودليل القبح وارتفاع المشروعية ورد في النهي عن الفعل، والعمل بالدليلين واجب عند الإمكان، وذلك بأن يكون الفعل مشروعاً من وجه وقبيحاً من وجه آخر، ولا تضاد بين الحل والحرمة أو بين المشروعية والفساد في فعل واحد عند اختلاف الجهة، فيجمع بينهما بصرف القبح إلى أوصاف غيرية وإبقاء الأصل مشروعاً[(١)].

ويحلّ بعض الحنفية التعارض بطريق الترجيح، لا الجمع ولكن بنتيجة واحدة عند الاثنين، إذ يرجح جانب التصور والمشروعية على جانب القبح، لأنه بهما يتحقق معنى الابتلاء ويصرف القبح إلى الوصف بدلاً من ذات المنهي عنه وعينه[(٢)].

**الرد على الدليل:**

يرد على الحنفية هنا، بمجموع الردود السابقة، فالأدلة وإن اختلفت وتنوعت فردّها واحد، أن إمكانية تصور الفعل المنهي عنه متحققةولا حاجة لإثبات المشروعية مع النهي، وأنه علاوة على هذا لا تعارض أصلاً بين المشروعية والنهي، ليُحلّ بالجمع أو الترجيح.

---

(١) السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٤٣-٢٤٤.

(٢) البخاري، كشف الأسرار، ١/٣٨٩، الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٦٩.

فكون الفعل مشروعاً بشروط وأوصاف محددة، ثم ورود النهي عنه لخلل ما، لا يعني ذلك تضاد أمرين وقيام التعارض بينهما، بل لكلّ وضعٍ حكمه الشرعي بحسب الظروف المحيطة به.

بل أن ابن نجيم يؤكد أن محل النزاع ليس في إمكان المعنى الذي يسمّى في الشرع بالبيع أو الصوم، وإنما في استحقاق الثواب وسقوط القضاء وموافقة أمر الشارع وترتب الآثار[١]، ويرفض السمعاني أن يجتمع في الشيء الواحد أمران، الحظر والمشروعية؛ لأن الحظرية بالنهي، والمشروعية بإطلاق الشرع، وإذا لم يتصور اجتماع المنع والإطلاق في شيء واحد، لم يتصور اجتماع حكمهما فيه[٢]، وكيف يمكن للنهي أن يدل على الصحة والإجزاء، وهو بحاجة إلى دليل آخر لإفادة ذلك[٣]؟

**الدليل الخامس:**

وهو في حقيقته قياس على وقائع منصوص على ترتب آثارها مع النهي الوارد فيها، وإن لم يصرح الحنفية بأنه قياس.

قال البزدوي: "وجدنا المشروع يحتمل الفساد، كالإحرام الفاسد، والطلاق الحرام والصلاة الحرام (أي في الأرض المغصوبة) وغيره"[٤].

**الرد على الدليل:**

أنها من الوقائع المستثناة ولا يصح القياس عليها، فالنهي فيها إما لوصف مجاور أو لكونها من العبادات التي لا تصلح دليلاً على الفساد لخروجها من دائرة الفساد كما سيظهر.

---

(١) ابن نجيم، فتح الغفار، ٨٠/١.

(٢) السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٤٣.

(٣) الغزالي، المستصفى ١٠٣/٢، الآمدي، الإحكام، ٤١١/٢.

(٤) البزدوي، أصول البزدوي، ٣٩٢/١.

**النتائج:**

بذل الحنفية جهداً في إثبات المشروعية للمنهي عنه لوصف ملازم، وكثر النقل عنهم في أن النهي لا يقتضي الفساد، وقد تبين أن هذا النقل غير صحيح ولا يصح نسبته للحنفية، فلا يعقل أن ينهى الشارع بدون آثار يقتضيها هذا النهي، وجهد الحنفية المبذول في إثبات المشروعية والأدلة العقلية التي بذلوا وسعهم للاستدلال بها على المشروعية عظيمة ولكنها جهود في غير محلها والله أعلم.

وقد ثبت بالأدلة منهيات استتبعت آثاراً، ولا يعني ذلك مشروعيتها أو صحتها وعدم فسادها، وليس الأمر كذلك، بل قد يقتضي أحياناً مراعاة حقوق الأفراد، وطبيعة المنهي عنه كعبادة أو نكاح، أن يلحق الفاعل والفعل بعض الآثار، وبحسب درجة النهي فيها تتغير مساحة الآثار من التضييق إلى التوسيع.

بل من الحكمة أن لا تكون المنهيات كلها بدرجة واحدة من حيث الأثر، بل مقاصد التشريع وحفظ المصالح يفضي أحياناً إلى توابع دون أن تعود على أصل النهي بالإبطال والقول بأنه لا يقتضي فساداً.

واستثناء مسائل المنهي عنه لمجاور من حيث الإبطال، دلالة على أنّ في الأمر نظراً، وأنه مرتبط بدلالة النهي على التحريم أو الكراهة، والترجيح في هذه القضية بعد دراسة مذهب الجمهور، واستكمال الدراسة في الجانب الفقهي من خلال آثار البطلان والفساد وأسبابه في العبادات والأنكحة والمعاملات.

## المطلب الثاني: أدلة من تبع الحنفية في إثبات عدم دلالة النهي على الفساد

**الدليل الأول:**

استدلوا على عدم دلالة النهي على الفساد، بصحة الصلاة في الدار المغصوبة وصحتها في الأوقات المنهي عنها، وصحة البيع وقت النداء، والطلاق في الحيض، فلو اقتضى النهي الفساد، لكان أينما تحقق النهي تحقق الفساد[1].

---

(1) الشيرازي، شرح اللمع، ٣٠٠/١، الجويني، البرهان ٢٩٢/١، الرازي، المحصول، ٢٩٣/٢.

## الرد على الدليل:

والرد على الدليل يتلخص في النقاط التالية:

١- أن العلماء اختلفوا في صحة الصلاة في الدار المغصوبة وفي الأوقات المنهي عنها، ولم يتفقوا على صحة الصلاة فيها، فلا يصح الاستدلال بها[١].

٢- أن الأمثلة المذكورة، تعلق النهي فيها بالمجاور، فلا يصح الاستدلال بها على فساد المنهي بالوصف الملازم[٢]، كما أن دلالة النهي في المنهي عنه لقبح المجاور ليست من المسائل المتفق عليها.

٣- أن الأمثلة المذكورة لا يصح الاستدلال بها، وغاية ما فيها أن المكلف تارك للمأمور به، فلا يخرج عن العهدة، ويبقى الطلب عليه، وإلا لزم العقاب لأنه عاصٍ[٣].

٤- أن استثناء بعض المواضع عن القول بالبطلان والفساد، لا يعني عدم دلالتها على الفساد؛ لأن لكل قاعدة مستثنيات، فالنهي يقتضي التحريم وفي مواضع لا يقتضيه للدليل، فلا يعني ذلك عدم دلالته على التحريم[٤].

ويؤكد هذا ما قاله السمعاني: "إن الأصول الممهدة في الشرع لا تنقض؛ لأنه ما من أصل من أصول الشرع إلا وقد وجدنا له موضعاً في الشرع مخالفاً له، وذلك لا يُعدّ نقضاً لذلك الأصل المشروع، وإنما عدل ذلك الموضع، عن ذلك الأصل لدليل"[٥].

٥- رد ابن تيمية على ما يعترض به من صحة بعض الأمثلة مع ورود النهي فيها، كتصحيح الخطبة على الخطبة، بأن النهي فيها لحق الآدمي، وهو ليس صحيحاً لازماً بل أثبت حق المظلوم، وسلّطه على الخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ، فالخاطب إن شاء فسخ نكاح المعتدي، وإن شاء أمضى، ولكن أن ينكح المخطوبة فهذا مرتبط برضاها، فإن شاءت نكحتهُ وإن شاءت لم تنكحه، ويعاقب الناكح لظلمه، إلا إذا عفى

---

(١) القرافي، نفائس الأصول، ١٧٦٤/٤.

(٢) الرازي، المحصول، ٢٩٥/٢.

(٣) المرجع السابق، ٢٩٢/٢-٢٩٣.

(٤) الشيرازي، شرح اللمع، ٣٠٠/١، الجويني، التلخيص، ٤٨٣/١-٤٩٠.

(٥) السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٣٩.

الخاطب وعليه يقاس صحة الصلاة في الدار المغصوبة، والذبح بآلة مغصوبة، وطبخ الطعام بحطب مغصوب، فكل هذا محرم لما فيه من ظلم الإنسان ويزول الظلم بإعطاء المظلوم حقه، فإذا أعطاه ما أخذه من منفعة ماله كأجرة الدار والسكن وثمن الحطب، فقد برئ من حق العبد، وإن تاب برئ من حق الله وصارت صلاته كالصلاة في مكان مباح، والطعام كأنه بوقود مباح، والذبح بسكين مباحة[١].

فيبقى عليه إثم الظلم ما ينقص من صلاته بقدره، ولا تبرأ ذمته كبراءة من صلى صلاة تامة، ولا يعاقب كعقوبة من لم يصل، بل يعاقب على قدر ذنبه قال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَه ۞ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَه﴾ ، الزلزلة ٧، ٨[٢].

## الدليل الثاني:

إن النهي لا يدل على الفساد، لا لغة ولا شرعاً ولا معنى، فأما من حيث اللغة، فلأن النهي هو طلب ترك الفعل، ولا يدل على فساد ولا صحة لأنها معانٍ شرعية لا تعرف من حيث اللغة، أما من حيث الشرع، فالفساد في الشرع لا يعرف إلا بنقل ولم يرد النقل ولم يسمع به، بل وجدت مناهٍ لم تقتض فساد المنهي عنه كالصلاة في الدار المغصوبة، أما من حيث المعنى فالنهي يدل على كراهة المناهي لفعل المنهي عنه ويدل على القبح، والقبح والكراهة لا يدلان على الفساد[٣].

## الرد على الدليل:

إن رفضهم لدلالة النهي على الفساد لغة وشرعاً ومعنى غير صحيح، بل النهي يدل على الفساد، ويؤكد السمعاني ذلك؛ لأن صيغة النهي تدل على عدم المشروعية،

---

(١) ابن تيمية، الفتاوي، ١٥٨/٢٩.

(٢) المرجع السابق، ويرفض ابن تيمية التعليل بأن النهي لمعنى مجاور، وهو ما سيعرض بيانه في الفصل الرابع.

(٣) البصري، المعتمد، ١٨٨/١، السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٣٠-٢٣١، الغزالي، المستصفى، ١٠٠/٢، الرازي، المحصول، ٢٩٣/٢.

والمشروعية بأمر أو إباحة، والنهي ينفي ذلك، فيدل بمعناه، لأن قبح المنهي عنه وحظره مضاد للمشروعية[١]، بل أقل ما فيه أنه يدل على الفساد بمعناه[٢].

وقال الرازي أن النهي مغاير للأمر، والمنهي عنه مغاير للمأمور به، والنص دلّ على أن الخروج من عهدة الأمر لا يحصل إلا بالإتيان بالمأمور به، فيحصل من مجموع المقدمتين، أن الإتيان بالمنهي عنه لا يقتضي الخروج من العهدة[٣].

والشارع الحكيم لا ينهى إلا لحكمة. ولا يمكن أن يكتفي بالقول بالقبح والكراهة فهذه الحِكم لا تكفي. ولابد أن يكون الترك والابتعاد هو غاية النهي عن الفعل، بل إن دلالة اللغة تفيد الكف والترك، ودلالة الشرع تفيد عدم المشروعية وحرمة الفعل أو كراهته، وبمجموع هاتين الدلالتين يكون إتيان المنهي عنه مضاداً للمشروعية والصحة، أي فاسداً، واستثناء بعض المواضع من الدلالة على الفساد لا يعني عدم دلالتها عليه.

**الدليل الثالث:**

يرى القاضي عبد الجبار أنه لو كان النهي يتضمن الفساد كما يتضمن التحريم لكان مع قيام الدلالة على أنه ليس بفاسد، يجب القطع بأنه غير منهي عنه كما يجب مثله في التحريم وبطلان ذلك يبين فساد ما ذهبوا إليه[٤].

**الرد على الدليل:**

أنه في مواضع كثيرة يدل النهي على التحريم وقد يدل على الكراهة أو على معانٍ أخر، ولا يعني هذا بطلان النهي فيها، واستثناء مواضع من الدلالة على الفساد لا يعني بحال إبطال النهي فيها، وقال البصري "إن الفساد يعلم بالتدريج"[٥]، أي بالأدلة والقرائن، ولا يضر أن يدل على غير الفساد.

---

(١) السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٣٨.

(٢) القرافي، نفائس الأصول، ١٧٦٥/٤.

(٣) الرازي، المحصول، ٢٩٨/٢.

(٤) قاضي القضاة، المغني في أبواب التوحيد والعدل، ١٣٦/١٧.

(٥) البصري، المعتمد، ١٨٩/١.

# المبحث الثالث

# مذاهب فقهاء الحنفية في البطلان والفساد في العبادات والنكاح

غاية الدراسة في هذا المبحث والذي يليه، التعرف على مذاهب فقهاء الحنفية، وذلك من خلال استقراء جزئي لبعض المواضع التي يظهر فيها كيفية تصرف الفقهاء مع مصطلحي البطلان والفساد، وطريقة استخدامهما بالترادف أو الاختلاف، والآثار التي ذكروها في العبادات والأنكحة الباطلة ومدى اختلافها، أي أن الدراسة تهدف لبيان أثر الخلاف الأصولي في الفقه وتتبع آراء الفقهاء، ولا يعني هذا أن للفقهاء مذاهب مختلفة عن الأصوليين، بل هم أهل التطبيق والالتزام بالقواعد، فالدراسة في كتب الفقهاء، تظهر مدى تأثير الاختلاف الأصولي السابق في الفقه، مع العلم أنه سيتم عرض مسائل تطبيقية فقهية في الفصل الخامس، وهي لا تغني عن التتبع الذي أريده في هذا المبحث.

وتم التركيز على أبواب ثلاثة هي: العبادات والنكاح والمعاملات، وهي مواطن اختلاف عند الحنفية بين القول بترادف البطلان والفساد والقول باختلافهما، وجمعت في هذا المبحث العبادات والنكاح دراسة ومتابعة للآثار، لاتفاقهما في ترادف البطلان والفساد في الجملة واختلاف أمرهما عن المعاملات، وعليه فقد جاء هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العبادات.

المطلب الثاني: النكاح.

المطلب الثالث: أسباب وآثار الأنكحة المنهي عنها.

## المطلب الأول: العبادات.

صرح بعض الأصوليين[١] بترادف البطلان والفساد في العبادات، واشتهر في كتبهم مسألة صيام يوم النحر وأيام التشريق لإثبات أن المنهي عنه هو لقبح الوصف الملازم، ومسألة الصلاة في الأوقات المكروهة وغيرها من مسائل العبادات التي صححها

---

(١) ابن الهمام، تيسير التحرير، ٢/٢٣٦، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣٣٧.

الحنفية[١]، والتي لم يقولوا فيها بالفساد، ولم تختلف أقوال الفقهاء فيها عن أقوال الأصوليين في تصحيح العبادة، فمثلاً الصلاة في الأوقات المكروهة، صححوا الصلاة فيها وقالوا بالكراهة في بعض الأوقات وكذا في ترخص العاصي بسفره؛ لأن النهي فيها لمجاور، وفي مسألة الإحرام الفاسد بالجماع، يُطالب بإتمام النسك وهذا باتفاق.

ولعل الأمر في صوم يوم النحر الذي يتحدث عنه الحنفية كمثال على النهي عن الشرعيات وأنه يصرف لقبح الوصف الملازم، والتي يفهم من معناها ضمناً أن العبادة فاسدة، ثم يصرح بعض الأصوليين بأن العبادات مستثناة إذ يترادف البطلان فيها والفساد والغريب في الأمر أن صيام يوم النحر يُضرب مثالاً وهو مستثنى، فلم تعرض أمثلة العبادات عند الأصوليين؟، وإن كان المتقدمون لم يصرحوا بالترادف، إلا أنه يفهم ضمناً ببساطة لأنهم يصححون العبادة ولا يفسدونها، فعند الجصاص قُسّمت القرب إلى نوعين منها ما يبطل العبادة ومنها ما تصح معه، فمعنى الفاسد في العبادات غير متحقق؛ لأن الأمر ببساطة في العبادات مختلف، فالعبادة إما صحيحة مجزئة وإما باطلة مردودة لا تبرأ الذمة منها.

بل إن فقهاء الحنفية في مسألة صيام يوم النحر، يقولون بالتحريم لورود النهي فيها، ولكن اختلفوا في تصحيح النذر، بين قائل ببطلانه وقائل بصحته[٢].

ولأن العبادة هي علاقة العبد بربه، وقربة العبد إلى ربه، وهي لا تقبل مبتورة ولا ناقصة بحاجة إلى ترميم، فإما أن تصح أو أن ترد، بخلاف المعاملات والعقود التي تنشأ في العلاقات بين البشر، فهي تحتمل الوسطية حيناً وبقيود محددة حيث يعطى المجال للعبد بالاختيار بين الإبطال أو الإمضاء.

ولا يقال إن الجماع في الحج ينتج عنه صورة الفساد؛ لأن الحج ورد النص باستثنائه من العموم ووجوب إتمام النسك مع الفساد عقوبة للجاني وستراً عليه، ولا يعني هذا صورة الفساد التي نتحدث عنها بآثارها الشرعية.

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٢٨/١.

(٢) انظر تفصيل المسألة، كاساني، بدائع الصنائع، ٥٥٨/٢، السرخسي، المبسوط، ١٠٥/٣، ابن عابدين، رد المحتار، ٤١٩/٣، وسيتم تفصيل مسألة صيام يوم النحر في الفصل الخامس.

وما استثنيت عند جميع المذاهب إلا لورود الدليل فيها، وليست تطبيقاً على معنى الفساد. وللحنفية اهتمام بمبدأ إتمام العبادة وعدم إبطالها بعد الشروع فيها، ففي النفل يجب صيانة عمله عن البطلان بأي وجه كان لإكمالها، وإذا أتى بما يحصل به الصيانة ولو ناقصاً خرج من عهدة الواجب فيصح، فالوجوب الثابت بالشروع ضروري صيانة للمؤدى عن البطلان(١).

وسيتبين من خلال التطبيقات الفقهية في مسائل العبادات، أن الخلاف فيها مردّه إلى دلالة النهي على التحريم أو الكراهة، وفي رتبة الدليل فرض أو واجب بحسب طريق الورود، وفي دلالة الأوامر على الوجوب أو الندب، وما يتبع ذلك من خلل بفقد الشرط الواجب أو صحة العبادة لكون الشرط المفقود مندوباً وليس واجباً.

وفي كتاب "الصحة والفساد"، ذكر المؤلف تطبيقات فقهية متعددة في العبادات بين التصحيح والإبطال، وهي حقيقة الخلاف في العبادات وليس للفساد رتبة بينهما(٢).

ويبقى الإشكال عندي، في صيام أيام النحر، الذي تكرر في كتب الأصوليين قاطبة مثالاً على المنهي عنه لوصف ملازم، ولكنهم لم يصرحوا بالقول فيه بالفساد، فالاستشهاد بالمثال لا يصح وأمر العبادات مختلف عن غيره من أبواب الفقه، والحق أن الترادف بين البطلان والفساد في العبادات هو الراجح، لتميز أمر العبادات؛ ولأنها قائمة على التعبد لله تعالى، فهي قربات خالصة، وارتكاب النهي فيها عصيان، ولا يتصور اجتماع نية القربة ونية العصيان(٣).

---

(١) شلبي، حاشية على تبيين الحقائق، ٢٣١/١-٢٣٤.

(٢) جبريل المهدي آل أسكيا، الصحة والفساد، ٤٣٨-٤٥٠ وانظر المنيعي، البطلان في العبادات، كيف فصلّ أنواع العبادات وسبب البطلان فيها في الكتاب كله.

(٣) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ٤١١-٤١٢، السنهوري، مصادر الحق، ١٦٢/٤، الدريني، بحوث مقارنة، ٢٠٩/١.

## المطلب الثاني: النكاح.

صرح أصوليو الحنفية بترادف البطلان والفساد في النكاح؛ بخلاف العبادات التي لم يصرح المتقدمون بالترادف فيها، باستثناء ما ذكره بعض المتأخرين منهم كابن الهمام، بينما في النكاح فالتصريح جلي عند المتقدمين، كالسرخسي مثلاً.

ونقل بعض العلماء المحدثين، أن الخلاف قائم بين متقدمي الحنفية والمتأخرين منهم، فالمتقدمون أو المحققون (كما قال بعضهم) يقولون بترادف البطلان والفساد في النكاح[١]، والمتأخرون يقولون بعدم الترادف، وبوجود الاختلاف بين النكاح الباطل والفاسد، وذلك للفرق بين النكاح بلا شهود ونكاح المحارم[٢]. وعلة الترادف عند القائلين به، أن عقد النكاح ليس عقداً مالياً، وأثره الحل وهو لا يجتمع مع الحرمة الثابتة بمقتضى النهي لوصف ملازم، فكان التناقض لاتحاد الجهة[٣].

ولم أجد فيما بحثت، تصريحاً بالاختلاف بين الباطل والفاسد عند الأصوليين، في حين صرّح بعضٌ منهم بالترادف كابن نجيم وغيره[٤]، ولعل اختلاف الحنفية في آثار بعض الأنكحة المنهي عنها، أورث إشكالاً بين الحنفية، أو عند من نقل عن الحنفية من المحدثين.

وبتتبع أقوال الفقهاء، فيما يعرضونه من تطبيقات فقهية، يظهر التالي:

---

(١) من المتقدمين السرخسي والنسفي والبخاري وغيرهم –ويطلق أبو زهرة عليهم لفظ المحققين، انظر الملكية، ٤١٦، الدريني، بحوث مقارنة، ١/٣١١-٣٤١، وقره داغي، مبدأ الرضا، ١٥٩-١٦٠.

(٢) المراجع السابقة، ونسبه قره داغي إلى الأستروشني من المتأخرين ولم أعثر على تصريح له، والأستروشني هو محمد بن محمود الحنفي من أسروشنة بلدة كبيرة وراء سمرقند، انظر ابن قطلوبغا، تاج التراجم، ٢٣٧.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣٣٣، وفتح الغفار، ١/٨٣.

**١- السرخسي، ت (٤٩٠هـ):**

لما تحدث عن حكم الجمع بين الأختين، أوجب فسخ العقد وأفسد نكاح الثانيــة، وإن دخل بها فلها الأقل من المسمّى والمثل؛ لأن الدخول شبهة صورة النكاح، ويسـقط الحـد وتجب العدة[١].

ونكاح الأختين معاً، يصنّف عند الجمهور في الأنكحة الباطلــة أو المجمـع علــى بطلانها كما سيظهر في الفصل الرابع، والسرخسي أوجب بالدخول المهر والعدة وأسـقط الحد للشبهة، أما في نكاح الأخت في عدة أختها، فقد نقل السرخسي تصريحــاً بإجمــاع صحابة الرسول ﷺ على تحريمه، فلو وطئها وهو يعلم بالحرمة لزمه الحد[٢].

وفي موضع آخر يقول السرخسي "إن النكاح الفاسد لا إحصان فيه؛ لأن الإحصــان عبارة عن كمال الحل، وهو يحصل بالوطء وهو نعمة، والوطء في نكاح فاسد حـرام"[٣]. وفي موضع آخر يصرح أن موجب النكاح ملك الحل، وبين الحل والحرمة منافاة[٤].

أما النفقة فلا تثبت عنده في النكاح الفاسد والوطء بشبهة ولا فــي العـدة؛ لأن مــا يستوجب النفقة هو تسلمها إلى الزوج للقيام بمصالح الزوجية، وفساد النكاح يمنعها[٥].

وفي المهر والعدة قال: "لو دخل بامرأة على وجه شبهة أو نكاح فاسد فعليه المــهر والعدة سواء مات عنها و فرّق بينهما"[٦].

والذي يستفاد من كلام السرخسي أنه لا فرق بين الباطل والفاسد، وأن الآثار واحـدة بعد الدخول، إلا أن الحد لا يسقط إذا كان عالماً بالحرمة.

---

(١) السرخسي، المبسوط، ٢٢٥/٤، للدبوسي، كتاب النكاح من الأسرار، إلا أنني لم أجد ما يفيـد فـي تفريق الباطل عن الفاسد.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٢٢٦/٤.

(٣) المرجع السابق، ١٤٢/٥.

(٤) المرجع السابق، ١٤٢/٥.

(٥) المرجع السابق، ١٨٠/٥.

(٦) المرجع السابق، ٦٤/٦.

### ٣-الكاساني ت ٥٨٧هـ:

أهمّ ما يلحظ عند الكاساني في البدائع تقسيمه شروط النكاح إلى شروط انعقاد وشروط جواز ونفاذ، وشروط لزوم[١]، والجواز والنفاذ عنده بمعنى واحد، ومنها أن يكون العاقد بالغاً حراً، وإن لم يكن كذلك، احتاج العقد إلى إذن الولي أو السيد[٢]، ومنها شرط الولاية والإشهاد، والتي يختلف حكم العقد بحسب تفريعاتها ولكنه يصرّح بأنه لا ينعقد العقد بإنكاح من لا ولاية له، ولا ينعقد العقد بحضرة المجانين والصبيان، لأن الشهادة من شرائط ركن العقد وهو الإيجاب والقبول، ولا وجود للركن حقيقة بدون القبول، ولا وجود له شرعاً بدون الشهادة[٣].

ويستفاد من هذا بطلان العقد، بفقد بعض الشروط، بينما فقد بعضها قد لا يؤثر في صحة العقد إن لم يعتمدها الحنفية كشرط، وتعامل الحنفية مع شروط النكاح ليس كتعاملهم مع شروط البيع، ففي البيع هناك ما يسمى بشروط الصحة، التي يفسد العقد بفقدها، وشروط انعقاد التي يبطل العقد بفقدها، وليس كذلك الحال في النكاح، بل ما ينقل من الاختلاف في بعض الأنكحة المنهي عنها كنكاح الشغار مثلاً[٤]، يتوجه النهي فيها عند الحنفية لمعنى مجاور وهو أشبه البيع وقت النداء، والنهي فيه لخلو النكاح عن العوض، فيبقى صحيحاً[٥].

ويلحظ عند الكاساني أيضاً عدم التمييز بين مصطلح البطلان والفساد، فنكاح الجمع بين الأختين فاسد، ونكاح المتعة باطل فهو ليس نكاحاً ويرفع بدون طلاق ولا حرمة فيه ولا توارث، ويطلق عليه لفظ الفساد أحياناً[٦].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٢٥/٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٢٩/٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٣٨/٣، ٣٧٠/٣، ٣٩٥/٣، وانظر العيني، البناية، ٤٩٢/٤، ٥٧٤.

(٤) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ١٦٢/٩، ح(٥١١٢)، باب (٢٨) الشغار، برواية ابن عمر، ورواه مسلم، صحيح مسلم مع النووي، ٢٠٣/٩، ح(٣٤٥٠)، باب الشغار، برواية نافع عن ابن عمر "نهى عن الشغار".

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٩٣/٣، وانظر العيني، البناية، ٦٧٩/٤.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٦٧/٣-٤٧٨.

وفي موضع آخر قال "إذا وجد الدخول في النكاح الفاسد وجب المهر بالوطء لا بالعقد"[١].

وختم الكاساني حديثه ببيان حكم النكاح وأنواعه، فهو إما صحيح أو فاسد، ولا ثالث عنده، والفاسد لا حكم له قبل الدخول، أما بعد الدخول، فيتعلق به أحكام منها، ثبوت النسب ووجوب العدة، ووجوب المهر، والنكاح الفاسد عنده ليس بنكاح حقيقة، لانعدام محله وهو الملك، والملك يثبت في المنافع، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء[٢].

**٣- العيني ت ٨٥٥ هـ:**

تحدث العيني عن حكم الجمع بين الأختين بنفس العرض السابق[٣]، وفي موضع أخر تحدث المرغيناني عن حكم النكاح الفاسد، بأن القاضي إذا فرّق بينهما قبل الدخول لا مهر لها بإجماع الأئمة الأربعة، وإذا فرّق بعد الدخول وجب المهر، وأن التفريق لا يحتاج إلى قضاء، وعقّب العيني موضحاً النكاح الفاسد بأمثلة، كالنكاح بلا شهود، ونكاح الأمة على الحرة، ونكاح الأخت في عدة أختها من طلاق بائن، ونكاح خامسة في عدة رابعة[٤].

ونقل قاعدة الوطء في المحل المعصوم يُسبب الضمان الجائز أو الحد الزاجر[٥]، ومن آثار الفاسد عنده بعد الدخول العدة والنسب، ولا تثبت حرمة المصاهرة بالعقد[٦].

**٤- ابن الهمام ت ٨٦١:**

تحدث في فتح القدير عن حكم الجمع بين الأختين، بنفس ما سبق عرضه[٧]، ونصّ في موضع آخر أنه لا فرق بين الباطل والفاسد في النكاح بخلاف البيع[٨]. وتحدث عن

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥١٢/٣.

(٢) المرجع السابق، ٦٠٥/٣.

(٣) العيني، البناية، ٥٣٦/٤، وانظر داما أفندي، مجمع الأنهر، ٤٧٨/١.

(٤) العيني، البناية، ٧٠٨/٤.

(٥) المرجع السابق، ٨٠٧/٤.

(٦) المرجع السابق، ٧١١/٤.

(٧) ابن الهمام، فتح القدير، ٢٠٣/٣.

(٨) ابن الهمام، فتح القدير، ٢٣٣/٣.

حكم المهر بأنه لو فرق القاضي بين الزوجين بوطء شبهة أو نكاح فاسد وجب مهر المثل بعد الدخول لا يزاد على المسمى خلافاً لزفرٌ، ومثال الفاسد نكاح الأخت في عدة أختها، أو الخامسة في عدة رابعة[١]، وتحدث عن الإحصان، أنه لا يتحقق بهذا الدخول[٢] وعليها العدة، ويثبت النسب ولا إحداد عليها[٣].

### ٥- ابن نجيم ت ٩٧٠هـ

فرّق في الأشباه والنظائر بين النكاح الصحيح والفاسد في مسائل، حيث يتشابه الوطء في الفاسد بالصحيح إلا في: وجوب المثل، الحرمة، عدم الحل للأول، عدم الإحصان، ونصّ ابن نجيم على أن الوطء في الاثنين متفق في الآثار عدا ما ذكر[٤].

### ٦- ابن عابدين ت ١٢٥٢هـ

إن ما طرحه ابن عابدين في حاشيته أورث إشكالاً واسعاً، ولعله السبب فيما ينقل عن التفريق بين الباطل والفاسد في النكاح، فنقل اختلافهم في نكاح المحارم، بين من يقول ببطلانه وعدم ثبوت النسب والعدة، ومن يقول بفساده، وأردف قائلاً أن كل نكاح اختلف العلماء في جوازه كالنكاح بلا شهود، فالدخول فيه موجب للعدة، ونكاح منكوحة الغير أو معتدته لا يجب في الدخول فيه العدة إن علم أنّها لغيره، لأنه لم يقل أحد بجوازه وبهذا يفترق الباطل عن الفاسد عنده في العدة، ويجب الحد مع العلم بالحرمة لأنه زنى، ولا فرق عنده بين الباطل والفاسد في غير العدة[٥].

وفي ظني ليس الأمر كما يراه ابن عابدين، بل إن تصريحات المتقدمين بإيجاب العدة في كل دخول أمر واضح، وما ينقل من أقوال ليس راجحاً وإن لم يصرح بعضهم بالعدة، فقد صرحوا بالاستبراء وهي ضرورة لصيانة الأنساب باستبراء الأرحام، والأثر

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ٣/٣٤٧.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ٣/٣٤٨.

(٣) المرجع السابق، ٣/٣٤٩-٣٥٠.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣٣٤.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار، ٤/٢٠٣.

هو الحد، وسيظهر من عرض كلام الجمهور في الفصل الرابع اختلافهم في وجوب الحد وإسقاطه، ولكن يظهر عند معظمهم إيجاب الحد إذا كان عالماً بالحرمة، والنتيجة التي أخلص إليها أن الحنفية لم يفرقوا بين النكاح الباطل والفاسد من حيث الأسباب كما في المعاملات وحتى في الآثار نجد توافقاً بخلاف مسألة الحد، وأن الأنكحة المنهي عنها، مردّها إلى أمرين في حالة اختلاف الحنفية مع الجمهور فهي إما صحيحة أو باطلة فاسدة، أمّا فاسدة اصطلاحاً فلا وجود لها.

وإن تصريح الأصوليين والفقهاء بالترادف هو الصحيح السليم، ولا يضيره اختلاف الآثار، فالدخول يوجب حقوقاً وإن كان فاسداً وسيتضح منهج الفرق في الآثار بعد استعراض مذهب الجمهور في الفصل الرابع، والترادف عند الحنفية بين الباطل والفاسد في النكاح، لا ينفي وجود الفرق في الآثار بين نوعين من النكاح، إلا أن صورة المسألة أكثر وضوحاً عند الجمهور كما سيظهر.

وقد نسب أبو زهرة من المحدثين للحنفية تقسيماً خاصاً بالأنكحة بحسب الشبهة، علماً بأنه يرجح ترادف البطلان والفساد في النكاح عند محققي الحنفية، كابن الهمام، ولكنه في تقسيمه يؤكد أن الآثار تختلف بحسب نوع الشبهة القائمة مع الدخول(١):

١- دخول من غير شبهة، أو اشتباه يؤثر في الوصف أو في الحد. فلا شبهة في التحريم، كأن يكون فاقد الأهلية أحد طرفي العقد، أو لا يكون الإيجاب متوافقاً مع القبول، فالعقد لا وجود له، والدخول زنى يوجب الحد.

٢- دخول في عقد يصحبه شبهة اشتباه، أسقطت الحد ولم تمح وصف الزنا كنكاح المحرمات على التأبيد وكان يعلم بالحرمة، وعقد غير المسلم على المسلمة ومن هي في عصمة الغير إذا كان يعلم بالحرمة، فيسقط الحد للشبهة، ولا يمحو وصف الزنا لأن تحريم هؤلاء ثبت بدليل قطعي، فيثبت المهر بالدخول دون العدة لأنه زنى، وأما النسب فمختلف فيه، ويشترط الصاحبان لتحقق الشبهة الجهل بالتحريم، فلو كان عالماً لا شبهة فيه، أما أبو حنيفة فإنه لم يفرق بين من يعلم ومن لا يعلم.

---

(١) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ١٤١-١٤٣.

٣- دخول في عقد يصحبه شبهة قوية تسقط الحد وتمحو وصف الزنى وتوجب المهر والعدة والنسب، وهذا في الأنكحة المختلف في صحتها عند العلماء فيكون الدخول فيها مع شبهة الدليل عند من يصحح النكاح وإن كان ضعيفاً[(١)].

وكلام الشيخ أبي زهرة وإن كان نقلاً عن الحنفية إلا أنّه يورث اضطراباً خاصة في النوع الأول والثاني؛ لأنه في النوع الأول يوجب الحد على فاقد الأهلية رغم قيام العقد وهو شبهة، في حين يسقطه على من نكح أمه وهو يعلم بالحرمة على قول أبي حنيفة، بل كيف يجتمع سقوط الحد مع وصف الزنى فهو إما زانٍ يحدّ أو ليس زانياً فلا يحدّ، ثم إن الحالة الثانية والتي تسقط فيها حقوق المرأة من نسب وعدة، غير سليمة وغير منصفة لأن العدة تجب بكل دخول، وأقلها استبراء، فالزانية تستبرئ وليست هذه المرأة بأقل حالاً منها، أمّا النسب فإسقاطه يوقع الكثير من الإشكاليات، لأن شبهة العقد قائمة، والحد سقط والمهر وجب، فلِمَ يحرم الطفل حق النسب، وفي النوع الثالث يمثل بنكاح المحرمات على التأقيت لأنه محل خلاف، وحقيقة لم يقع خلاف فيها كما سأبين في الفصل الخامس، وهذا التقسيم بعيد في ظني عمّا نقل سابقاً من نصوص بعض الفقهاء ومردود بها.

فالأنسب مع وجهة نظر فقهاء الحنفية السابقة، أن لا يكون في المحصلة إلا نكاح صحيح وفاسد وأن الآثار التي تترتب على الفاسد تختلف بحسب علمه بالحرمة أو لا، وقد يقع الاختلاف بين نوعين من الآثار.

وللزرقا نظرة في عدم التفريق بين المصطلحين عرضها في بحثه "خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل"؛ لأن كلمة فاسد تورث مشكلة، وأن الأفضل أن يقسم النكاح إلى نوعين هما:

١- باطل مشتبه فيه، وهو الذي فيه شبهة كافية لدرء الحد وثبوت بعض الآثار وهو الفاسد سابقاً.

---

(١) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ١٤٣-١٤٦، وانظر جبريل آل أسكيا، الصحة والفساد، ٤٧٨-٤٨٠. وقد نقله أبو زهرة من كتب الحنفية في حد الزنى والشبهات الدارئة له، ويقسم الشبهة إلى ثلاثة أنواع شبهة ملك، وشبهة اشتباه أو فعل، وشبهة عقد.

٢- باطل غير مشتبه فيه، وهو الذي يعتبر في حكم الزنى المحض ولا يترتب على الدخول فيه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، وهو الباطل سابقاً[١].

ووجهة نظره مفادها أنه من الخطأ تقسيم النكاح إلى باطل وفاسد كما هو الحال في المعاملات؛ لأسباب عدة ذكر منها: أن الفاسد في الأنكحة غير منعقد، أما في المعاملات فمنعقد، والفاسد في المعاملات يترتب عليه آثار عند التسليم كما في الصحة، بينما الفاسد في الأنكحة يترتب عليه بالدخول بعض آثار الصحيح لا كلها فلا تثبت المتعة والنفقة والطاعة وغيرها[٢].

فلا فرق عنده بين الفاسد والباطل، وأن استخدام الحنفية لمصطلح الفاسد في النكاح يراد به الباطل فكلاهما غير منعقد وأن الفرق الوحيد بينهما في وجود شبهة كافية لإسقاط الحد وترتيب بعض الآثار في النكاح الفاسد الذي اقترن بشبهة وهي المهر والنسب والعدة. ولا تثبت هذه الآثار في النكاح الذي لا شبهة فيه بل يجب الحد.

وأثبت الزرقا كلامه بنصوص الفقهاء التي دلت على ترادف البطلان والفساد في النكاح[٣].

وتفريق الشيخ الزرقا بين نوعين من النكاح المنهي عنه سليم، مع القول بترادف البطلان والفساد في النكاح، ولكن معيار التفرقة بين النوعين غير واضح فالآثار تثبت إذا درئ الحد، والحد يدرأ إذا وجدت الشبهة، ولكن ما هي الشبهة؟ كما أن بعض صور الباطل تثبت فيه آثار بعد الدخول، لذا كان التفريق بينهما غير واضح.

ومن المحدثين من رجح عدم الترادف بين الباطل والفاسد، كما يرى الدريني وينسبه إلى متأخري الحنفية للاختلاف بين النكاح بلا شهود ونكاح المحارم [٤]. في حين يرى قره داغي اختلاف أمر الأموال عن أمر النكاح في الحل والحرمة، والالتزام بالحدود التي رسمها الشارع، ومدى اعتماد العقد على الرضا المحض، يرجح قره داغي التفريق بين الباطل والفاسد لأنه الأليق بقواعد الحنفية، وأن الخلاف في التفريق مردّه إلى اختلاف أبي

---

(١) مصطفى الزرقا، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر، ص ٤٤.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٢.

(٣) مصطفى الزرقا، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر، ص ٣٦-٤٢.

(٤) الدريني، بحوث مقارنة، ١/٣١١-٣٤١.

حنيفة وصاحبيه في بعض الآثار بعد الدخول[١]. وما سبق نقله يثبت أن الحنفية لم يفرقوا بل الترادف هو مذهبهم في النكاح.

## المطلب الثالث: أسباب وآثار الأنكحة المنهي عنها.

يرتكز الحديث في هذا المطلب على الأنكحة المنهي عنها لاختلاف صور النكاح المنهي عنه، أما العبادات والتي ترادف البطلان فيها بالفساد، فقد أوضح المنيعي في كتابه البطلان في العبادات أسباب البطلان وآثاره، وغالب الأمثلة مردّها إلى اختلاف في أركان العبادة وشروطها، والاختلاف في فرضية بعض الشروط أو وجوبها وما يترتب على فقد الشرط من خلل بحسب درجته، فترك الواجب مثلاً عند الحنفية لا يفسد الصلاة بل يوجب الإثم[٢].

ومن أسباب البطلان أيضاً ارتكاب مفسد للعبادة كالأكل والشرب في الصلاة، ورفض نية العبادة أثناء القيام بها[٣].

والأثر الذي يترتب على بطلان العبادة هو عدم سقوط الفرض وبقاء الذمة مشغولة ووجوب الإعادة أو القضاء بحسب الوقت، فما فعله غير مجزئ للخلل الواقع، ووجوب الكفارة والفدية في بعض العبادات[٤]. ولا يعقل أن يكون للبطلان أثر آخر وما صُحح من عبادات لا يطلق عليه إلا لفظ الصحة، فلا يجتمع في العبادة وصف فساد وإجزاء.

وأما النكاح فقد اختلفت الآثار بين نوعين من الأنكحة المنهي عنها، ولا بد قبل ذلك أن يُمهّد ببيان: أسباب فساد النكاح.

### أسباب فساد النكاح:

نقل المحدثون الذين فرّقوا بين باطل النكاح وفاسده، شروطاً لصحة النكاح يفسد النكاح بدونها، وشروط انعقاد يبطل النكاح بفقدها.

---

(١) قره داغي، مبدأ الرضا في العقود، ١٥٧-١٦١.

(٢) المنيعي، البطلان في العبادات، ٥٠-٥٥، ٤٤٠.

(٣) وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ١١٨/٣٢.

(٤) المرجع السابق، ١١٩/٣٢.

وباستقراء مذهب بعض فقهاء الحنفية، لم أعثر على شروط صحـــة، فـــي بعـــض المسائل التطبيقية، التي أجازوا النكاح فيها وصححوه، وفي بعضها كان حكم النكاح فيـــها البطلان. ولا ثالث بينهما على ما سأذكر. ولقد قسّم الكاساني[١] شروط النكاح إلى ثلاثـــة أقسام؛ شروط انعقاد وشروط جواز أو نفاذ، وشروط لزوم، والتي كان فقـــد الأول منـــها وبعض أنواع الثاني يوجب بطلان العقد كما أشرت.

ولبيان حقيقة الخلل الذي وقع فيه بعض المحدثين، وتناقلته الكتب عند من يفرق بين الباطل والفاسد أستعرض ما ذكروه من أسباب لفساد النكاح مع تعليق المتقدميـــن، لبيـــان وجه الصواب:

١- شرط الشهادة والذي يصنّف مع شروط الصحة ويفسد العقد بفقدها [٢]، يصرح الفقهاء بغير ذلك، فعند الكاساني الشهادة من شرائط ركن العقد، فلا ينعقد العقد عنده بحضرة المجانين والصبيان، وركن العقد هو الإيجاب والقبول، ولا وجود للركن بدون القبول حقيقة وكذلك لا وجود للركن شرعاً بدون الشهادة[٣]، ولولا أن الشهادة شرط لم تكـن المرأة زانية بدون الشهادة[٤]، فيكون أمر الشهادة مهماً.

٢- وأن تكون صيغة العقد مؤبدة غير محددة بمدة معينة، وهذا شرط صحة أيضاً، وبفقده يبطل العقد عند الجمهور[٥]، وهو زواج المتعة المشهور، وهو عند الحنفيـــة بـــاطل أيضاً[٦]، بل يصرح الرافعي أنه باطل اتفاقاً[٧]، وإن خالف زفر حيث اعتبر التـأقيت كالشرط الفاسد والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة[٨]، فالعقد عنـــد جمـــهور الحنفيـــة باطل، فكيف يصنّف المحدثون هذا الشرط مع شروط الصحة إذن؟.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/٣٢٥.

(٢) زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية، ١١٠، أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ٤٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/٣٩٥.

(٤) المرجع السابق، ٣/٣٩٤.

(٥) عمر عبد الله، أحكام الشريعة، ٦٤، بدران أبو العينين، الزواج والطلاق، ٥٥.

(٦) العيني، البناية، ٤/٥٦٤.

(٧) الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ٧/٥٠٦.

(٨) العيني، البناية، ٤/٥٦٧.

٣- أن تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً فيه شبهة أو خلاف، فإن كانت محرمة بدليل ظني، أو كان التحريم مما وقع فيه اختلاف العلماء كان العقد فاسداً، كمن تزوج العمة على ابنة أخيها، والمعتدة من طلاق بائن، وأخت المطلقة في العدة[١].

وقد ذكر ابن عابدين قسماً من هذه الأمثلة، عند الحديث والتمثيل على النكاح الفاسد، ونقل اختلافهم في نكاح المحارم هل هو فاسد أو باطل؟ واختلفت الآثار بين هذه الأمثلة وغيرها من صور الأنكحة الأخرى المنهي عنها[٢]، ولا يعني ذلك أنها فاسدة اصطلاحاً، كما أن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها لا خلاف في حرمته[٣] فهو عقد مجمع على بطلانه، فلا يسمّى فاسداً.

٤- من الشروط في صحة النكاح أيضاً عدم الإحرام بالحج أو العمرة للزوج والزوجة والولي فلو كان أحدهما محرماً لا يكون الزواج صحيحاً عند الأئمة الثلاثة، بخلاف الحنفية[٤]، والشرط يبطل نفسه بنفسه، فكيف يكون شرطاً لصحة العقد عند الحنفية الذين يفرقون بين الباطل والفاسد -على زعمهم- ثم يصرح الحنفية بأن عقد المحرم صحيح ولهم أدلتهم في ذلك[٥]، فهذا تكلف من المحدثين، يحاولون به استخلاص شروط وإلصاقها بالحنفية على أنها شروط صحة، بما لا يحتمل المقام ذلك.

وغير ذلك من الشروط التي تنسب إلى الحنفية، مما لا تخرج في مجموعها عن الردود السابقة، والتي تبرهن على التناقض والإشكال الذي وقع فيه القائلون بانقسام النكاح إلى باطل وفاسد، بل هذا الوهم ينتقل أحياناً إلى قارئ كتب الحنفية الفقهية، يزيده ما نقله ابن عابدين من خلاف الحنفية في نكاح المحارم من حيث البطلان والفساد.

---

(١) بدران أبو العينين، الزواج والطلاق، ٦٨، الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به، ١٨٣، زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية، ١١٨.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٢٠٢/٤.

(٣) العيني، البناية، ٥٠٠/٤، ابن عبد البر، الاستذكار، ١٦٨/١٦.

(٤) زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية، ١٢٤، أحمد الشافعي، الزواج في الشريعة الإسلامية، ٧٢.

(٥) العيني، البناية، ٥٤٥/٤.

وما نقله في موضع آخر، من أن الطلاق لا يتحقق في النكاح الفاسد حيث إنه متاركة[١]، وهذا يدل على أنه لم ينعقد أصلاً، ثم يقول في موضع آخر والمتاركة طلاق[٢].

فأسباب الفساد والبطلان في النكاح عند الحنفية ليست كما قالوا، لأن كثيراً منها يصح العقد معه عند الحنفية، والتفريق بين الأنكحة المنهي عنها قائم على الآثار، إذ تختلف الآثار قبل الدخول وبعده، بل وقد تشترك آثار ما يسمّونه بالباطل مع ما يسمّونه بالفاسد.

## آثار النكاح الفاسد:

قسّم المحدثون النكاح الفاسد من حيث الآثار المترتبة عليه بعد الدخول إلى نوعين، وأما قبل الدخول فالحكم واحد، وتحرير ذلك فيما يلي:

١- جميع الأنكحة المنهي عنها قبل الدخول بدرجة واحدة، يجب فسخها ولا يترتب عليها آثار.

٢- تختلف الأنكحة المنهي عنها بعد الدخول إلى نوعين:

١. أنكحة لا يترتب عليه آثار من مهر وعدة ونسب ونفقة وطلاق وغيرها، ويجب فيها الحد، وهو ما يسمى النكاح الباطل.

٢. أنكحة يترتب عليها بعض آثار الصحيح لا كلها، كالمهر والنسب والعدة وحرمة المصاهرة، ويسقط الحد فيها، وهو ما يسمّى النكاح الفاسد، ولا يترتب عليها توارث ولا نفقة ولا طاعة[٣].

**ونلاحظ من كلام المحدثين ما يلي:**

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٢٠٤/٤.

(٢) المرجع السابق، ٢٠٥/٤، وانظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٣٣/٣.

(٣) انظر السنهوري، مصادر الحق، ١٤٩/٤. عمر عبد الله، أحكام الشريعة في الأحوال الشخصية، ٩٠، زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية، ١٣٤، أحمد الشافعي، الزواج، ١٠٠.

١- أن الأمثلة التي يمثلونها على النكاح الباطل غير واضحة. وبعضهم يلحق بها نكاح المحارم مؤبداً، وعقد فاقد الأهلية على اعتبار أن الخلل في شروط الانعقاد يبطل العقد، ولكن بالنظر إلى آثار الدخول فيها، فإنّ منها ما يشترك مع الفاسد.

٢- أنهم يفرقون في نكاح المحارم بين من يعلم بالحرمة ومن لا يعلم، فيسقط الحد عن الثاني، واختلف الحنفية في الأول[١].

٣- ويلاحظ أيضاً أن عدداً كبيراً من فقهاء الحنفية صرّح بالترادف بين الباطل والفاسد، وأن أكثر الأمثلة التي يعرضونها ويركزون عليها في الحديث كانت عن النكاح الفاسد، وعند ابن عابدين، الدخول في الفاسد كالدخول في الموقوف يسقط الحد ويثبت النسب والأقل من المسمى ومهر المثل، وأمثلته عنده كنكاح بغير شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها، ونكاح المعتدة في عدتها، والخامسة في عدة رابعة، والأمة على الحرة[٢].

٤- أن الحنفية لديهم قاعدة مهمة وهي أن الدخول لا يخلو من حدٍ أو مهر[٣]، ومن المعلوم أن الحدود يحتاط فيها كثيراً، فهي تدرأ بالشبهات، وبناءً عليه إذا سقط الحد وجب المهر وترتبت عليه الآثار، فيعم بهذا الأعم الأغلب من صور النكاح المنهي عنه، والتي نشأت كعقد وإن وقع فيها خلل، وبهذا تكون الآثار مرتبطة بالحد يسقط أو لا يسقط.

ومن المهم أيضا القول بأن أمثلة الفاسد لا علاقة لها بالمنهي عنه لوصف ملازم أو مجاور، بل إنّ الحنفية لم يتعرضوا لمثل هذه التفرقة.

إن الكاساني لمّا تحدث في البدائع عن حكم النكاح الصحيح والفاسد، لم يَعْرض سوى نوع واحد في الفاسد، فهو عقد واحد، لا عقدان، لترادف البطلان والفساد.

مما سبق تبين لي أن تفريق العلماء بين الباطل والفاسد من حيث الأمثلة غير واضح، بل كيف يقولون إن نكاح فاقد الأهلية يقام عليه الحد مثلاً، ونكاح الأخت في عدة

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ١٤٩/٤، عمر عبد الله، أحكام الشريعة، ص٩٠.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٢٠٣/٤.

(٣) عمر عبد الله، أحكام الشريعة، ٨٩.

أختها أو غيرها لا حدّ فيها. وذلك على اعتبار أن الأول من شروط الانعقاد والثاني من شروط الصحة. وهي قسمة غير سليمة في النكاح.

وأختم حديثي هنا بما عرضه السغدي في النتف، حين تحدث عن أسباب النكاح الفاسد وآثاره، ولم يقسمه إلى نوعين باطل وفاسد، فالأمر عنده إما نكاح فاسد وإما زنا يوجب الحد، بل إن الأسباب التي ذكرها للفاسد، هي مجموع ما يعدّه بعضهم باطلاً وفاسداً، وآثارهما واحدة، وهو كلام سليم يجمع الصور كلها.

وإن كان السغدي لم يحدد معنى فساد النكاح إلا أنه اكتفى بتحديد أمثلته وهي سبعة أوجه[1]:

١- إذا كان بينهما من الحرمات المؤبدة شيء.
٢- إذا كان بينهما من الحرمات المؤقتة شيء.
٣- إذا كان بغير شهود.
٤- إذا كان العقد من صغير أو مجنون أو عبد أو صغيرة أو مجنونة.
٥- إذا كان على كره من جهته في قول بعض، وفي قول أبي حنيفة وأصحابه يجوز النكاح على كره.
٦- إذا كان إلى أجل في معنى المتعة فيفسد في قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول زفر النكاح جائز والشرط فاسد.
٧- إذا كان بغير ولي في قول محمد والشافعي، وهو جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

فهذه الحالات لا شيء فيها من الآثار قبل الوطء، وإن كان معها وطء فإنه يترتب عليها خمسة آثار هي:

١- حرمة المصاهرة.
٢- لزوم الأقل من المهر المسمى ومهر المثل.
٣- ثبوت النسب.

---

(١) السغدي، النتف، ٢٦٦/١، قال السغدي هي ثمانية أوجه وعدّ سبعاً فقط. السغدي هو قاضي القضاة أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، ت ٤٦١هـ، نسبته إلى سُغد، كان إماماً فاضلاً فقيهاً من سكان بخارى، من تصانيفه: النتف، شرح السير الكبير، انظر اللكنوي، الفوائد البهية، ١٠٢، ابن قطلوبغا، تاج التراجم، ١٦٩.

٤- لزوم العدة.

٥- ثبوت حرمة الجمع في العدة، وليس فيها رجم ولا حد ولا تعزير. ويلحق بهذا أيضاً شبهة النكاح إذا كان معه وطء.

وكلام السغدي -والله أعلم- يحسم الخلاف، وأمثلته تشمل نوعي النكاح، فالباطل لا يختلف عن الفاسد من حيث الآثار، إذا سقط فيه الحد.

ويقسم السغدي النكاح إلى خمسة أنواع هي[1]:

صحيح منعقد مستحب، وصحيح منعقد مكروه، وصحيح موقوف، ونكاح شبهة ونكاح فاسد.

فالثلاثة الأولى صحيحة، والرابع يختص بحالات الشبهة كمن وطء امرأة يظنها زوجته وهذا شبهة في الفعل لا في العقد، والأخير هو النكاح الفاسد للخلل في صحته، ولا باطل بعده لأنه يشمل الوجهين. وهو الراجح والله تعالى أعلم، ويبقى تحديد حالات سقوط الحد هو الفيصل، لتحديد وصف النكاح هل هو فاسد أو زنا!!

---

(١) السغدي، النتف، ٢٦٦/١.

# المبحث الرابع

## مذاهب فقهاء الحنفية في البطلان والفساد في المعاملات

يظهر بجلاء الفرق بين البطلان والفساد في باب المعاملات عند الحنفية، بل إن التطابق والتوافق بين القاعدة والتطبيق متحققٌ فيها بشكل واضح. وينسجم فيها الطرح الأصولي مع التطبيق الفقهي.

والصورة جلية واضحة، حيث يقسم الفقهاء شروط العقد إلى أربعة أنواع، ومنها شروط الصحة والتي بفقدها يفسد العقد، وشروط الانعقاد والتي بفقدها يبطل العقد[١]، ويعدد ابن عابدين شروط الصحة موصلاً إياها إلى خمسة وعشرين شرطاً منها عامة وخاصة[٢].

ويفصل السُغدي في أنواع البيع الفاسد ويوصلها إلى ثلاثين نوعاً مردها إلى سبعة أسباب، ويفرق بين الفساد والبطلان في المعاملات المختلفة[٣]، ويعرض الكاساني في البدائع شروط الصحة وأنواعها، ويتحدث عما يكره من البيوع، كالتفريق بين الوالدة وولدها والبيع وقت النداء، وبيع الحاضر لبادٍ وبيع المستام وغيرها[٤].

وأحياناً يصرح الفقهاء بالفرق بين البطلان والفساد، كابن عابدين حيث قال إن ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل له، وما أورث خللاً في غيره فهو مفسد، وأن الفاسد ما كان مشروعاً بأصله فقط، والباطل ما ليس مشروعاً أصلاً، وحكم الفاسد أنه يفيد الملك بالقبض والباطل لا يفيده أصلاً[٥].

وعند الكاساني البيع الفاسد هو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة، وحكمه أن يثبت فيه الملك بالجملة، بخلاف الإمام الشافعي الذي يرى أن البيع قسمان جائز وباطل،

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١١/٧، الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٣٣/٦.

(٢) المرجع السابق الأول ١١/٧.

(٣) السغدي، النتف، ٤٦١/١-٤٧٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٩٩/٧-٢١٥.

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٦٩/٧.

وبيّن الكاساني الفاسد بمثال البيع والشرط الذي نهى عنه رسول الله ﷺ[١]، فالنهي وارد في غير البيع، فالبيع مشروع يفيد الملك كسائر البياعات المشروعة، ودليلها النصوص العامة المطلقة كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾، البقرة، ٢٧٥[٢].

ونجد ابن نجيم يُظهر الفرق بين الفاسد والباطل من حيث التفريق بين الكتابة الباطلة والفاسدة، والشركة الباطلة والفاسدة وغيرها من صور المعاملات[٣].

وغير ذلك كثير في باب المعاملات عند الحنفية والتي يظهر فيها حقيقة الفرق بين الباطل والفاسد، من حيث أسباب كل منهما وآثاره التي تنجم عنه، وتفصيل ذلك من خلال المطالب القادمة.

## المطلب الأول: أسباب البطلان في المعاملات.

أسباب البطلان متعددة، ويحتاج تفصيلها عرضاً مطولاً قد لا يخدم الغاية المرجوة، فالمهم في هذا المطلب تعداد الأسباب والتعليق عليها دون التفصيل والبيان الذي يحتاج بحثاً مستقلاً بذاته، وذكرها يفيد تمحيص أسباب الفساد.

يرى الحنفية أن العقد يبطل بفقد شرط من شروط الانعقاد، فيكون عدم هذه الشروط هو من أسباب البطلان، ومن هذه الشروط[٤]:

١- شروط في العاقد وهي الأهلية، والتعدد.

٢- شروط في الصيغة وهي توافق الإيجاب والقبول، ويتفرع منها شرط اتحاد المجلس، وأن تكون الصيغة جازمة.

---

(١) الترمذي، سنن الترمذي، ٢/٢٧١، ح١٢٣٤ برواية عبد الله بن عمرو، باب (١٩) كراهية بيع ما ليس عندك/ قال أبو عيسى حديث حسن صحيح.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧/٣٦٦—٣٦٨.

(٣) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣٣٨.

(٤) انظر الشروط بتفصيل الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٥٣٣، السنهوري، مصادر الحق، ٤/١٣٤، أحمد الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ١٢٩.

٣- شروط في المعقود عليه، ومنها:

أ - التقوم والمالية، فالبيع مبادلة مال بمال، والمال هو ماله قيمة بين الناس وأحل الشارع الانتفاع به، فلا يصح بيع الميتة والحر والدم؛ لأنها ليست أموالاً ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين[١].

ب- الوجود: وهو أن يكون موجوداً وقت إنشاء العقد، فلا يصح العقد على المعدوم الذي لا يمكن وجوده في المستقبل، كبيع نتاج النتاج واللبن في الضرع واختلف الفقهاء في التعاقد على بعض صور المعدوم كالمنفعة، والمعدوم في التبرعات[٢].

ج- أن يكون مقدوراً على التسليم، وهذا باتفاق الفقهاء، فلا تصح عقود المعاوضات على حيوان شارد، أو سمك في الماء، أما التبرعات ففيها خلاف بين الفقهاء، فجمهور العلماء يشترطون فيها القدرة على التسليم، لأنها تفتقر إلى القبض. وأجاز المالكية عدم القدرة على التسليم، فتصح هبة الحيوان الفارّ أو إعارته[٣].

د- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، لطرفي العقد ومعلوماً علماً يقطع النزاع، ويتحقق ذلك برؤية المعقود عليه أو بالإشارة إليه إن كان موجوداً، أو بوصفه إن كان غائباً، واختلف الفقهاء في أنواع العقود التي يشترط فيها هذا الشرط، فيشترطه بعضهم في جميع العقود، ويقصره غيرهمعلى المعاوضات دون التبرعات[٤].

هـ الملك، فمن شروط انعقاد البيع التي يذكرها الكاساني[٥] أن يكون المعقود عليه

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٤٩/٦، ٥٥٣، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ١٣٩، والمالية أعم من التقوم، حيث يقول ابن عابدين-المالية تثبت بتمول الناس والتقوم يثبت بها وبإباحة الشرع فالخمر مال ولكنه غير متقوم حاشية ابن عابدين، ٧/٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٤٣/٦، خالد التركماني، ضوابط العقد، ١٤١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٦٩/٦، التركماني، ضوابط العقد، ١٤٠.

(٤) التركماني، ضوابط العقد، ١٣٩، وانظر السنهوري، مصادر الحق، ١٣٤/٤، شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ٤٨٦.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٦٨/٦.

مملوكاً للبائع عند البيع. باستثناء السلم، لنهي الرسول ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان[١].

وهذه الشروط يطلق عليها الشروط العامة، إذ يلحق بعض العقود شروط خاصة تختلف بحسب طبيعة العقد، كالشهود في عقد الزواج[٢].

ويلحظ من الشروط السابقة أنها جاءت مستنبطة من نصوص أحاديث صريحة تنهى عن مخالفة الشروط السابقة، أو تدعو للالتزام بالشروط، وهي متعلقة بأركان العقد الأساسية الصيغة والعاقد والمعقود عليه، أي أنها ترتكز على أصل العقد، وفي هذا دلالة على أن البطلان لا يتحقق باختلال الركن فقط بل باختلال مقومات العقد كما أشرت سابقاً، لأن الركن عند الحنفية هو الصيغة، وأصل العقد ليس الصيغة فقط بل يشمل العاقد والمعقود عليه وما يتعلق بهما من شروط.

وشروط الحنفية والتي يطلق عليها شروط الانعقاد لا تختلف عن الشروط عند الجمهور، بل يضيف الجمهور عليها زيادة، مفادها إبطال العقد بفقدها دون تفريق بين شروط انعقاد وشروط صحة[٣].

## المطلب الثاني: أسباب الفساد في المعاملات.

يرى الحنفية أن أسباب فساد العقد ما يلي:

---

(١) البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٤٩/٤، ح٢١٣٥، باب (٥٥) بيع الطعام قبل قبضه وبيع ما ليس عندك برواية ابن عباس. وعلق ابن حجر أن البخاري ذكر حديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه أما بيع ما ليس عند الإنسان فلم يذكره ولعله ليس على شرطه وإنما استنتجه فهماً ولقد رواه أصحاب السنن أبو داود، سنن أبي داود، ١٨١/٤، ح٣٤٩٧ برواية حكيم بن حزام؛ كتاب البيوع، وانظر الترمذي، سنن الترمذي: ٢٧١/٢ح ١٢٣٢ برواية حكيم بن حزام، كتاب البيوع.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ١١/٧، الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٩٢/٦، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٢٢٦/٤.

(٣) انظر الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٥٥/٥، النووي، روضة الطالبين، ٣/٧-٢٣، البهوتي، كشاف القناع، ١٤٩/٣-١٧٣.

الإكراه، والجهالة، والغرر، وفقد شرط من شروط الصحة، ووجود شرط فاسد في العقد، ووجود شبهة الربا.

ومن الأسباب ما يمكن أن يتداخل في شروط الصحة على الأعم الأغلب، أو في وجود شرط فاسد فتكون مفسدات العقد منحصرة فقط في فقد شرائط الصحة عند بعضهم، وتفصيلها على النحو التالي:

## أولاً: الإكراه.

اختلف فقهاء الحنفية في تأثير الإكراه على العقد بين من يقول بفساد العقد، ومن يقول بالوقف فيه على الإجازة[١].

والإكراه في العقد دلالة على الخلل في الرضا وهو من الأوصاف التي تشوب العقد وليست من أركانه الظاهرة، فالعاقدان والصيغة والمعقود عليه أركان سليمة، وهي تمثل أصل العقد، فتصنيف الإكراه من أسباب الفساد يناسب ارتباطه بالوصف اللازم بالعقد.

ومن المحدثين من يرجح القول بوقف العقد وحصول الملك عند الإجازة ويكون الإكراه مانعاً من النفاذ لا الصحة[٢].

## ثانياً: الجهالة.

تنقسم الجهالة عند الحنفية بحسب محلها إلى ثلاثة أنواع، الجهالة في الثمن وفي الأجل وفي المبيع[٣]، واختلفوا في تفريعات صور الجهالة في الثمن والأجل والمبيع[٤]، فمنها ما يبطل العقد بوجوده ومنها ما يفسده، ويعللون سبب الفساد بأنه وجود الغرر، وبهذا يتداخل موضوع الجهالة مع الغرر، والجهالة عند الحنفية بحسب رتبتها نوعان: جهالة فاحشة لا يصح معها البيع، وجهالة يسيرة يصح معها البيع[٥]، ويؤكد الزرقا أن

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٩/٧.

(٢) السنهوري، مصادر الحق، ١٩٢/٤، الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٩٦/٢.

(٣) السغدي، النتف، ٤٧٥/١، محمد وفا، أبرز صور البيوع الفاسدة، ١٤٥-١٦١.

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٣٦/٧-٤٠، ٢٠٣-٢٠٥.

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٣٦/٧.

الجهالة المفسدة للبيع، هي الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع[١]. وقد جعل ابن عابدين عدم الجهالة شرط صحة في البيع حيث قال: "معرفة قدر المبيع والثمن ووصفهما"، وبهذا يكون فساد العقد بجهالتها[٢].

وتعلق الجهالة بأوصاف العقد ظاهر، فترتبط بأركان العقد ومقوماته كأوصاف تابعة لها، إذ إن وجود الجهالة في الأركان والمقومات يختلف عن عدم وجود الأركان نفسها.

فالأول يفسد العقد والثاني يبطله.

**ثالثاً: الغرر.**

تجتمع تحت بند الغرر صور البيوع المنهي عنها، فالعلة فيها الغرر كبيع الملامسة والمنابذة، والمضامين والملاقيح، وبيع السمك في الماء والطير في الهواء وبيع الجزاف وغيرها[٣].

ولقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[٤]، والصور السابقة تشمل بيوعاً باطلة تؤدي إلى الغرر، وقسّم الزرقا الغرر في العقد إلى نوعين، منها ما يبطل العقد ومنها ما يفسده[٥]:

١- غرر في أصل المعقود عليه يوجب بطلان العقد، كالحمل في بطن أمه.

٢- غرر في الأوصاف والمقادير وهذا يوجب فساد العقد، كمن باع بقرة واشترط أنها تحلب كذا رطلاً مثلاً، وهذا النوع مرتبط بمسألة الجهالة في الأجل والثمن والمبيع السابقة، وباشتراط شرط فاسد.

---

(١) الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٨٩/٢.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٣٦/٧.

(٣) محمد وفا، أبرز صور البيوع الفاسدة، ٧٥.

(٤) مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ٣٩٦/١٠، ح٣٧٨٧، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، برواية أبي هريرة.

(٥) الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٩٤/٢.

وتفريعات مسائل بيوع الغرر كثيرة وليس الأثر فيها بدرجة واحدة، بل يختلف بحسب تكييف المجتهد لدرجة الغرر فيها، هل هو يسير أو أنه مرتبط بأصل العقد مبطل له.

والمؤلفات التي تحدثت عن الغرر وصوره وأشكاله متعددة[١]، ولا مجال لبسط المسألة هنا، وملخص الأمر أن الغرر وصف تابع فيفسد العقد به أحياناً، وإذا أصبح أصلاً أبطل العقد، فجاز أن يكون من أسباب الفساد ولكن ليس على إطلاقه.

**رابعاً: فقد شرط من شروط الصحة.**

يقتصر بعض الحنفية في بيان البيوع الفاسدة، على تفصيل شروط الصحة، والتي تضم أسباب الفساد العامة والخاصة.

فالكاساني وابن عابدين يقسمان شروط الصحة إلى نوعين، عامة وخاصة.

شروط الصحة العامة هي: شروط الانعقاد العامة؛ لأن ما لا ينعقد لا يصح، وعدم توقيت العقد، معلومية الثمن، ومعلومية المبيع، وخلو العقد عن الشرط الفاسد، وتحقق الرضا والفائدة، فيفسد بيع المكره وشراؤه، وبيع ما لا فائدة منه، ويشترط التسليم من غير ضرر[٢].

وشروط الصحة الخاصة التي تتنوع بحسب طبيعة العقد، ومنها: معلومية الأجل في البيع المؤجل ثمنه، والقبض في البيع المُشترى المنقول، وكون البدل مسمّى في المبادلة القولية، والخلو من شبهة الربا ووجود شرائط السلم فيه، والقبض في الصرف قبل الافتراق، وعلم الثمن الأول في المرابحة والتولية والوضيعة[٣].

وبالنظر إلى مجموع الشروط نجد منها ما يتعلق بالأسباب السابقة كالغرر والجهالة والإكراه وقد أشرت إليها، أما الشرط الفاسد وشرط الخلو من شبهة الربا فسيعرض لاحقاً،

---

(١) درادكة، نظرية الغرر في الشريعة، ١/٩٥-٤٩١، محمد وفا، أبرز صور البيوع الفاسد، ٢٢٦، وقسّم درادكة الغرر إلى أنواع في صيغة البيع، في الثمن في المبيع وضرب أمثلة لكل نوع.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٩٢/٦، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١١/٧-١٢.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٢/٧، الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/٧.

دون باقي الشروط الخاصة التي تتعلق ببعض العقود دون بعض، ويعتبر الخلل فيها مفسداً للعقد وهي أوصاف تابعة له.

## خامساً: وجود شرط فاسد في العقد.

يختلف تأثير الشرط عند الحنفية بحسب نوعه، حيث يقسمه الحنفية إلى شرط باطل وشرط فاسد، والباطل هو ما لا منفعة فيه لأحد العاقدين ولا لغيرهما، وخلا عن الأوصاف الصحيحة، مثل: أن يشترط بائع الدار على المشتري أن يتركها من غير سكن لمدة شهر أو أن لا يزرع الأرض سنة، فالشرط لغو ولا يؤثر في العقد ويبقى صحيحاً[١]، فهو ليس من مقتضيات العقد ولا من لوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به عرف[٢].

ويضيف بعضهم على الشرط الباطل ما كان فيه منفعة للمعقود عليه غير الآدمي[٣].

والشرط الفاسد هو ما كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين، كاشتراط البائع أن يؤجر الدار المبيعة، وأن تشترط الزوجة ألا تنتقل مع زوجها، أو ما يؤدي إلى غرر، كمن يشتري ناقة على أنها حامل، أو شرط محظور، كأن يشترى ديكاً على أنّه نطّاح أو جارية على أنها تغني[٤].

والشرط الفاسد يتعدى فساده إلى بعض العقود فيفسدها، كما في المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والقسمة والمزارعة والمساقاة والصلح على مال.

وفي بعض العقود يلغو الشرط ويبقى العقد صحيحاً، كما في عقود التبرعات كالصدقة والهبة والإعارة، وعقود التوثيقات كالكفالة والحوالة والرهن، والإسقاطات كالطلاق، والإطلاقات كالوكالة، وعقود المعاوضات غير المالية، كالزواج والخلع والطلاق على مال[٥].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٧/٣-١٥، شلبي، المدخل في التعريف بالفقه، ٤٨٠، الشافعي، الملكية والعقد في الفقه الإسلامي، ١٩٤.

(٢) قدري باشا، مرشد الحيران، ٦٦.

(٣) السغدي النتف، ٤٧٥، الشاذلي، نظرية الشرط، ١٧٧-٢١٤.

(٤) المرجعان السابقان.

(٥) شلبي، المدخل في التعريف بالفقه، ٤٧٩، الشافعي، الملكية والعقد في الفقه الإسلامي، ١٩٤.

ويلغو الشرط الفاسد؛ لأنه غير مشروع ولا جرى به عرف وهو ليس من مقتضيات العقد، بينما يؤثر في المعاوضات المالية فيفسدها؛ لأن صحة العقد قائمة على الرضا، وإذا بَطل الشرط فات الرضا عند من اشترط الشرط الفاسد، فلم يصح العقد، بخلاف العقود الأخرى، فلا موازنة بين العوضين، حتى يكون الشرط مقابلاً بجزء من العوض، ففوات الشرط لا يؤدي إلى فوات الرضا[١].

ويؤكد بعض المحدثين أن الحنفية انفردوا بتقسيم الشروط إلى ثلاثة أنواع: الصحيح والباطل، والفاسد[٢]، وإبطال الشرط عند الحنفية معناه ضعفه وعدم تأثيره في العقد، فالإبطال كان للشرط مع بقاء صحة العقد، وفساد الشرط معناه أنه أقل ضعفاً فيفسد العقد حيناً إذا قوي الشرط ولا يؤثر فيه إذا ضعف.

وهذه النظرة تختلف عن معنى العقد الباطل والفاسد، وللفقهاء مذاهب شتى في تقسيم الشروط وفي تأثيرها على العقد، وقد نجد توافقاً في النظرة أحياناً في بعض الشروط الباطلة التي منها ما لا يؤثر في العقد ومنها ما يبطله عندهم[٣].

والذي يُلحظ بوضوح أن الشرط الفاسد الذي يفسد العقد، هو ما كان في مضمونه غرر أو عديم فائدة، أو قد يؤدي إلى جهالة، وبهذا يشترك مع أسباب الفساد الأخرى، ويدخل ضمن النهي العام.

## سادساً: وجود شبهة الربا.

يمثل الأصوليون للبيع الفاسد بالمثال المشهور وهو البيع بالربا وسبب فساده يعود إلى عدم تماثل البدلين وهو وصف لازم يلحق البيع فيورث فساد العقد لا بطلانه، وكتب الفقه وإن أقرت المثال وفصلت في بيان معنى الربا وأنواعه، إلا أنها أخفقت –في ظني– في عدّ هذا السبب من أسباب إفساد العقد دون البطلان، والمبررات متعددة.

وفيما يلي اعتراضات على ما ذكروه:

---

(١) شلبي، المدخل في التعريف بالفقه، ٤٨٠.

(٢) الصعيدي، الشروط الجعلية، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، ليبيا، ١٦٦.

(٣) انظر الشاذلي، نظرية الشرط، ٢١٥، مذهب المالكية.

**أولاً:** أن ما يدّعونه وصفاً ملازماً ولا يلحق بأصل المعقود، غير دقيق، فالبيع الذي قام في أساسه على الربا والمفاضلة في أحد العوضين، كان الوصف، جزءاً لازماً في العقد، وهو ألحق بالذات من الوصف، وذلك أن البيع لو خلا من الربا، تغيّر اسمه من البيع الربوي إلى البيع الحلال، وأنه لمّا ألحق بالبيع وكان نواته، صار أصلاً قائماً كقولنا بيع الخمر، أو بيع السمك في الماء فهي أشكال متعددة للمعقود عليه، قام عليها البيع فصار ركناً وأصلاً فيه ويسمّى المعقود عليه، وكذا الثمن لما التحق به الربا صار أصلاً مستقلاً، بل إن في انفصاله عنه تغييراً للاسم كاملاً، وتستقل أحياناً كلمة الربا بالإطلاق عن المركب الإضافي بيع الربا أوالبيع الربوي، وبدون الزيادة لا يوجد الربا ولا يسمى البيع الربوي، بينما في مثال صوم أيام النحر يختلف الأمر قليلاً فاختيار أيام النحر للصوم وصف زائد ملازم ولكنه يبقى وصفاً، وبدونه يصح الصوم في الأيام العادية، فكان الوقت وصفاً وليس ركناً في نسك الصوم.

**ثانياً:** على فرض أن ما سبق مردود باعتراضات، وأن الربا وصف ملازم، فالذي لا يقبل الرد والاعتراض هو الأدلة المحرمة لهذا الوصف، فقطعيتها وكثرتها جديرة بأن تنقل الربا أو تستثنى الربا –وفق منهج الحنفية– من الأوصاف المفسدة للعقد، وتجعله وصفاً مبطلاً للعقد، للأدلة الدالة على ذلك ولقطعية النصوص المحرمة والتي مرت بمراحل للتحريم على النحو التالي[1]:

**أولاً:** قوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبًا لِيَرْبُوَا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلاَ يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾، الروم: (٣٩)، ثم قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾، آل عمران (١٣٠)، وآخر ما نزل وحرمه تحريماً شديداً في قوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنْ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ۞ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ﴾، البقرة (٢٧٥-٢٧٦)، وقوله بعد ذلك أيضاً: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنْ الرِّبَا إِنْ كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾، البقرة، (٢٧٨).

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ٢٢٣/٣.

وأضف إلى ذلك أحاديث الصحاح التي وردت عن رسول الله ﷺ في بيان أصناف الربا وحرمته[١].

فمجموع هذه النصوص كافٍ في الدلالة على حرمة الربا وإثم مرتكبه وآكله، فكيف يكون بعد ذلك العقد والبيع بالربا فاسداً لا باطلاً، لمجرد أن تكييف العقد مع الربا ينزّل منزلة الوصف الملازم.

وعلى فرض صحة تكييف الحنفية لموضع الربا من العقد، إلا أنّ هذه النصوص ذات دلالة واضحة وجلية على أن العقد مرفوض ومحرم؛ لأن الربا محرم، ولا يمكن للمحرّم أن يستتبع آثاراً، فلا فائدة من التحريم إن كان العقد سيُخلف أثراً، والقبض سيوجب ملكاً.

ولِمَ يفرّق الحنفية بين بيع الميتة والحر فيبطلون العقد عليها، وبين بيع الربا فيفسدون العقد بها؟! والركنية في كليهما قائمة فيما أرى، ولا يصلح أن تكون شبهة الربا من أسباب الفساد بل هي من أسباب البطلان.

## المطلب الثالث: آثار البطلان والفساد في المعاملات.

آثار البطلان والفساد، يقصد بها الأحكام والنتائج التي تترتب على تنفيذ العقد الباطل والفاسد[٢].

ويطلق لفظ الحكم في الاصطلاح على أحد أنواع ثلاثة:

١- صفة فعل المكلف، والتي يظهر أثرها في الثواب والعقاب، ويسمّى حكماً تكليفياً نسبة إلى تكليف الشارع بالفعل أو بالترك، ويتنوع الفعل إلى فرض، وواجب، ومندوب ومكروه، ومباح وغيرها.

٢- الأثر الذي يترتب على العقد شرعاً ويتبع وجوده، فحكم عقد البيع ثبوت الملكية للمشتري على المبيع، وحكم الإجارة ملك المنفعة للمستأجر.

---

(١) البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٧٧/٤، الأحاديث ح ٢١٧٠-ح٢١٨٢، الترمذي، سنن الترمذي ٢٥٦/٢، ح١٢٠٦ راوية ابن مسعود.

(٢) الصابوني، محاضرات في الملكية، ١٩٠، الزحيلي، النظريات الفقهية، ٧٧.

٣- ما يكون للعقد من وصف شرعي بحسب اعتبار الشارع له أو عدم اعتباره، ويسمّى صحيحاً أو باطلاً أو فاسداً.

والمراد من المطلب هو المعنى الثاني، فالوصف الشرعي للفعل محدد وهو البطلان والفساد والحكم التكليفي سابق للوصف مرتبط بفعل المكلف.

والنتائج المترتبة على وصف البطلان ووصف الفساد، هي على النحو التالي:

## أولاً: استحقاق الفسخ.

يستحق العقد الباطل الفسخ دائماً؛ لأنه غير موجود أصلاً وهو والعدم سواء، ولو تسلم المشتري المبيع وتصرف فيه، فالتصرف لا يمنع البائع من استرداد المبيع؛ لأن الملكية لم تنتقل إلى المشتري، ويكون تصرف المشتري في مال غيره تصرفاً غير مملوك له[١].

ولا ينقلب العقد الباطل صحيحاً بحال باتفاق الفقهاء؛ لأنه غير منعقد أصلاً، وبزوال سبب البطلان لا ينقلب صحيحاً كمن باع عبداً بميتة فهو باطل لعدم مالية الثمن، فلو اتفق المتعاقدان على استبدال الميتة بدراهم لم ينقلب صحيحاً إلا بإيجاب وقبول جديدين[٢].

أما العقد الفاسد فإنه ينعقد قائماً في أدنى مرتبة من القوة والنفاذ، وهو واجب الفسخ، لأن دفع الفساد واجب وفعله معصية[٣]، واختلف الحنفية في إمكانية تصحيح الفساد بحسب محل الفساد على حالين:

١- إذا رجع الفساد إلى صلب العقد وهو البدل أو المبدل، فلا يرتفع الفساد ولا يقبل التصحيح، كأن كان الثمن خمراً أو خنزيراً، وذلك لأنه لا قوام للعقد إلا بالبدلين، فكان الفساد قوياً[٤].

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ١٤٤/٤، الصابوني، محاضرات في الملكية، ١٩٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٧٨/٧، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢١٩، وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، ١١٥/٨.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٦٨/٣.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٦٩/٣، السنهوري، مصادر الحق، ١٦٨/٤، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢٣٣.

٢- إذا رجع الفساد إلى أمر خارج عن صلب العقد، كالشرط الفاسد أو جهالة الأجل فيمكن رفع الفساد وتصحيح العقد عند الحنفية خلافاً لزفر[١].

واختلف الحنفية فيمن يملك حق الفسخ تبعاً لمحل الفساد:

١- إذا رجع الفساد إلى صلب العقد، فيملك المتعاقدان حق فسخه بعد القبض وقبله[٢].

٢- إذا رجع الفساد إلى شرط فاسد أو غيره، فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن للمتعاقدين حق فسخه، خلافاً لمحمد الذي قصر حق الفسخ على المنتفع بالشرط[٣].

وللقاضي أيضاً حق فسخ العقد في حالة امتناع المتعاقدين عن الفسخ، حماية لنظام التعاقد الذي هو من النظام العام[٤]، ويتم الفسخ بصريح القول كفسخت أو رددت، وبفعل يتضمن الفسخ كرد المبيع إلى صاحبه، وبقضاء القاضي[٥].

ويسقط حق الفسخ في الحالات التالية[٦]:

١- تصرف العاقد في المعقود عليه بعد قبضه بإذن صاحبه[٧].

٢- تغير المعقود عليه بزيادة غير متولدة من الأصل ومتصلة لا يمكن فصلها، ويسقط حق الفسخ لاستقرار المعاملة وحماية لحق المتعاقد نفسه، إذ لو حكم بالرد لوقع الضرر كخلط الدقيق بالسمن[٨].

٣- إذا تغير المعقود عليه تغيراً يخرجه عن صورته التي كان عليها، سواء كان ذلك بفعل المشتري أم بفعل غيره، ويسقط الفسخ وتستقر ملكية المشتري له كأن كان قطناً فغزله أو سمسماً فعصره[٩].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٦٩/٣، السنهوري، مصادر الحق، ١٦٨/٤، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢٣٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٦٩/٧، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢٢٥.

(٣) المراجع السابقة، وانظر، محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ٢٢٣.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٦٩/٧، الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٩٨/٢.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٦٩/٧، وانظر، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢٢٥.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع ٣٧١/٧٢-٣٧٦.

(٧) السنهوري، مصادر الحق، ١٧٦/٤، محمد سراج، نظرية العقد، ٢٢٤.

(٨) الزرقا، المدخل الفقهي، ٧٠٣/٢، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٩٨/٤، محمد سراج، نظرية العقد، ٢٢٤.

(٩) محمد سراج، نظرية العقد، ٢٢٤، الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٩٨/٤.

٤- إذا هلك المعقود عليه أو تعيب في يد المشتري بعد التسليم[١].

## ثانياً: طبيعة الملك

لا يستوجب العقد الباطل ملكاً؛ لأنه لا وجود شرعي له، فهو عدم وواجب الفسخ، ولا يملك أحد الطرفين إجبار الآخر على التنفيذ[٢].

أما العقد الفاسد فلا يترتب على مجرد انعقاده أحكام، وإنما بعد التنفيذ والقبض. ففي البيع الفاسد يتملك المشتري المبيع بعد القبض، ولا يثبت الملك قبله؛ لأن العقد الفاسد مستحق للفسخ وهو عرضة للإبطال وليس من المصلحة تعجيل بناء حكم على عقد يوجب الشرع نقضه؛ لأن الدفع أسهل من الرفع[٣].

وبناء على ثبوت الملك يحل التصرف فيه بعد القبض الصحيح، دون الانتفاع به، إذ يحل بيعه وهبته والتصدق به، ولا يحل أكله أو لبسه؛ لأن الملك في العقد الفاسد خبيث لا يفيد إطلاق الانتفاع، لأنه واجب الرفع، وفي الانتفاع تقرير للفساد[٤]، وإذا كان القبض غير صحيح بأن كان بغير إذن ورضا البائع، لم يدخل المبيع في ملك المشتري[٥].

وبهذا يختلف الملك في العقد الفاسد عن العقد الصحيح، فهو ملك من نوع خاص يستحق الفسخ ومضمون بالقيمة، ولا يحل الانتفاع به كأكل الطعام ولبس الثياب وكذا الدار[٦]. وليس كل عقد فاسد يفيد الملك بالقبض كما في المسائل التالية[٧]:

١- بيع الهازل لا يفيد الملك بالقبض.

---

(١) الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢٢٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٧٧/٧، السنهوري، مصادر الحق، ١٤٢/٤.

(٣) المرجع السابق، ٣٦٦/٧ واستدل الكاساني بأدلة على ثبوت الملك فيه، وانظر الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٩٩/٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٧٧/٧، علي قراعة، دروس في المعاملات، ٢١٥، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢٢٢.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٧٧/٧، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢٢٢.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٧٦/٧.

(٧) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ١٥/٧.

٢- لو اشترى الأب من ماله لابنه الصغير، أو باعه له فاسداً، لا يملكه بالقبض حتى يستعمله.

٣- لو كان المبيع مقبوضاً في يد المشتري أمانة لا يملكها.

**ثالثاً: استحقاق الضمان.**

ينتقل ضمان المبيع في العقد الباطل من البائع إلى المشتري، إذا هلك المبيع في يد المشتري؛ لأن البائع رضي بتسليمه إليه، وهو مذهب جمهور الحنفية وجمهور العلماء، بينما ذهب بعض الحنفية إلى نفي الضمان، وأنه في يد المشتري أمانة لبطلان البيع، فالهلاك على البائع، ولكن الفريق الأول يرى أن يد المشتري ليست يد أمانة وإنما ضمان، ويضمن بقيمته لا بثمنه، كالمقبوض على سوم الشراء، وهو المأخوذ ليُشترى مع تسمية الثمن، بلا إبرام بيع، فإذا هلك ضمن قيمته، ومن باب أولى أن يضمن المبيع في البيع الباطل[(١)].

أما العقد الفاسد فيضمن المملوك فيه بالقيمة أو المثل لا بالمسمّى خلافاً للبيع الصحيح الذي يضمن بالمسمّى؛ لأن التسمية صحيحة في البيع الصحيح بينما في البيع الفاسد لم تثبت التسمية لفساد العقد، وصار كأن العقد حصل وسكت عن ذكر الثمن، فتجب القيمة إن كان قيمياً، والمثل إن كان مثلياً[(٢)].

ويلحظ من الآثار المترتبة على العقد الفاسد، أن الخلاف يكمن في تحديد طبيعة الملك في العقد الفاسد والتي يترتب عليها أحكام الفسخ بعدها، أما الضمان فلا يختلف مذهب الحنفية عن مذهب الجمهور فيه. ونظرة الحنفية للعقد الفاسد تختص بند المعاملات دون غيرها. وفي حالة ما بعد القبض لا قبله، ويفرقون بين الفساد المتصل بصلب العقد، والمتصل بأمر خارج عنه، إذ لا يمكن تصحيح الأول ويبقى مستحقاً للفسخ، بينما يمكن تصحيح الثاني.

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ١٤٧/٤، الكردي، بحوث في الفقه الإسلامي، ٢١٧.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣٧٦/٧، على قراعة، دروس في المعاملات، ٢١٥.

ومحاولة الحنفية في معالجة الفساد الواقع، هي في ظني محاولة للمحافظة على استقرار المعاملات بين الناس، وحفظ حقوق الآخرين، خاصة إذا تعلق الأمر بطرف ثالث مع إبقاء الحرية في فسخ العقد.

وليس في إثبات الملك إقرار بصحة العقد، وإنما نقطة بداية لترتيب الحقوق والتبعات لأن القبض تمّ بإذن فلا يكون المقبوض بدون تبعات وآثار تترتب عليه، ولا يقر الحنفية الفساد بل يوجبون فسخ العقد على المتعاقدين أو على القاضي إذا لزم الأمر ذلك.

لذا فإن منهج الحنفية في ترتيب الآثار على العقد الفاسد في المعاملات هو محاولة تنظيم وصيانة الحقوق عن الضياع وليس مخالفة لما شرع الله تعالى وما نهى عنه، فالفساد موجود ويجب إزالته إما بفسخ العقد أو تصحيحه.

وغاية ما يقال إن الحنفية تساهلوا لمّا جعلوا الربا من أسباب الفساد؛ لأن النهي والوعيد الوارد فيه يوجب إبطال العقد، لبيان مدى الخطورة والحرمة المترتبة عليه ولا يقارن الربا بغيره من الأسباب المتصلة بالعقد والتي ليست من صلب العقد.

# المبحث الخامس

## مجال تطبيق البطلان والفساد في الفقه الحنفي

تبين من خلال العرض السابق رجحان استثناء العبادات والنكاح من دائرة البطلان والفساد، إذ يترادف اللفظان في العبادات والنكاح، وما استثني من مسائل واعترض بها على الترادف، فبيانه مذكور واستثناؤه معلل، وليس للأمر مدخل في البطلان والفساد.

ويبقى من ضمن الدائرة المعاملات وما يلحق بها، ويبين الزرقا ذلك، في أن التقسيم إلى باطل وفاسد يشمل العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية.

ومثال الأول، البيع والإجارة والرهن والصلح عن مال والحوالة والمخارجة والشركة والقسمة والمزارعة وأمثالها.

ومثال الثاني، القرض والهبة[١].

أما التصرفات التي تخرج من ضابط البطلان والفساد، فهي ما يلي:

١- التصرفات الفعلية مطلقاً.

٢- التصرفات القولية التي ليست من قبيل العقود، بل من تصرفات الإرادة المنفردة، كالطلاق والإعتاق والوقف والإبراء والكفالة والإقرار.

٣- العقود غير المالية، كالزواج والوكالة والوصاية والتحكيم، فالوكالة والوصاية والتحكيم عقود تفويض.

٤- العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة ولا تنقل الملكية كالإيداع والإعارة[٢].

وقد جمع علاء الدين الحصكفي، صور الفساد في قصيدة شعرية، وزاد عليها ابن عابدين وذكر المستثنيات من التقسيم وهي:

| | |
|---|---|
| وفاسدٌ من العقود عشرٌ | إجارة وحُكم هذا الأجْرُ |
| وجوب أدنى مثلِ أو مسمّى | أو كله مع فقدك المسمى |

---

(١) الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٨٢/٢.

(٢) المرجع السابق، ٦٨٢/٢.

والواجب الأكثر في الكتابة | من الذي سماه أو من قيمته
وفي النكاح المثلُ إن يكن دخل | وخارج البَذر لمالك أجل
والصلح والرهن لكل نقْضه | أمانة أو كالصحيح حكمه
ثم الهبة مضمونةٌ يوم قبض | وصحّ بيعُهُ لعبد اقترض
مضاربة وحُكمُها الأمانة | والمثل في البيع وإلا القيمة[(١)]

وزاد ابن عابدين عليها أبياتاً تشمل الصدقة والخلع والشركة والسلم والكفالة والقسمة والحوالة، وأخرج منها الوكالة والإقالة والوصاية والوقف والصرف، حيث لا فرق فيها بين الفاسد والباطل واعتُرِض على الرهن لأن فاسده كصحيحه[(٢)]. واعترض الزرقا على الإقالة والصرف واعتبرها ضمن دائرة البطلان والفساد[(٣)].

ويُعترض أيضاً بأن النكاح ليس من ضمن الدائرة بل هو مستثنى منها، ويذكر علي حيدر في كتابه أصول استماع الدعوى أن الدعاوى ضمن دائرة البطلان والفساد، ويقسمها إلى ثلاثة أنواع، الصحيحة، وهي المستوفية لشروطها والتي تسير المحكمة عليها، والفاسدة، وهي المستوفية للشروط الأساسية مختلة في بعض أوصافها، فلا ترد الدعوى مباشرة وإنما يطالب الخصم بتصحيح الدعوى واستكمال نواقصها، كمن ادعى على آخر ديناً دون بيان مقداره.

والدعوى الباطلة وهي غير المشروعة أصلاً، فترد الدعوى لعدم إمكان إصلاحها، كمن ادعى على أحد بطلب صدقة أو وفاء دين لأنه من جيران المدين أو كمن طالب بتنفيذ عقد باطل[(٤)].

وهذا التفريق في رأيي غير دقيق، وأن أدق ما يطلق على الدعوى الفاسدة لفظ الدعوى الناقصة التي بحاجة إلى استكمال؛ لأن أثر هذه الدعوى لا يتوافق ومعنى الفساد وآثاره في المعاملات، فليس الأمر في الدعاوى والقضاء فساداً وبطلاناً على ما سأوضحه في التطبيقات الفقهية -إن شاء الله تعالى-.

---

(١) الحصكفي، الدر المختار، ٢٠٦/٤، يقصد بالشطر الثاني المقابل للنكاح، حكم المزارعة.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ٢٠٦/٤-٢٠٨.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي، ٦٨٤/٢.

(٤) علي حيدر، أصول استماع الدعوى، ٤٣-٤٥، ويتبعه الزرقا الذي نقل تقسيمه في المدخل، انظر الزرقا، المدخل، ٦٨٦/٢.

# الفصل الرابع

## مذهب جمهور العلماء في التفريق بين البطلان والفساد وبيان الراجح

## التمهيد:

تكتمل دراسة البطلان والفساد؛ بالتوقف عند جمهور العلماء، وهم الطرف المقابل لعلماء الحنفية، لاستطلاع رأيهم في المسألة وذلك بالتحقيق الأصولي في أقوالهم وأدلتهم والمتابعة الفقهية لما نهجوا واعتمدوا عليه.

وقد تقرر عندهم أن الباطل يرادف الفاسد، مع الاستثناء لبعض المسائل والصور من هذه القاعدة للدليل الوارد فيها، وبيان ذلك يقتضي إثبات الترادف ووجه الاستثناء فيه، ومدى الاختلاف بين الجمهور والحنفية ومواضعه تحقيقاً وتدقيقاً، ويتضمن الفصل الرابع المباحث التالية:

**المبحث الأول: آراء جمهور الأصوليين في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم.**

**المبحث الثاني: أدلة جمهور الأصوليين في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم على الفساد.**

**المبحث الثالث: آراء الأصوليين وأدلتهم في دلالة المنهي عنه لمجاور.**

**المبحث الرابع: مذاهب جمهور الفقهاء في ترادف البطلان والفساد في العبادات والنكاح والمعاملات.**

**المبحث الخامس: الترجيح بين الحنفية والجمهور.**

# المبحث الأول

# آراء جمهور الأصوليين في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم

لم يعد خافياً على الناظر في مسألة البطلان والفساد، أن منشأ الخلاف فيها مردّه إلى دلالة المنهي عنه لوصف ملازم، والتي انفرد الحنفية بتوجيه خاص فيها سبق عرضه بتفصيل في الفصل الثالث، أثبتوا من خلاله عدم دلالة النهي على الفساد (البطلان).

أما جمهور العلماء فقد اتجهوا إلى القول بدلالة النهي على الفساد المرادف للبطلان في المسألة محل الخلاف، وذهب بعضهم إلى التفريق بين العبادات والمعاملات.

وحديث جمهور الأصوليين في المسألة، واستخدامهم للفظ الفساد في تفريعاتهم وعباراتهم، لا تعني الفساد في اصطلاح الحنفية وإنما الفساد بمعنى البطلان.

واختلف جمهور العلماء بمن فيهم الحنفية في مسألة دلالة المنهي عنه لوصف مجاور، والتي سأعرضها في مبحث مستقل تابع لهذا الفصل.

ولتفصيل مذهب الجمهور في الوصف الملازم تم تقسيم المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: تحقيق مذهب المالكية في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم على الفساد المرادف للبطلان.

المطلب الثاني: تحقيق مذهب الإمام الشافعي في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم على الفساد المرادف للبطلان.

المطلب الثالث: تحقيق مذهب الحنابلة في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم على الفساد المرادف للبطلان.

المطلب الرابع: بيان مذهب القائلين بدلالة النهي على الفساد في العبادات دون المعاملات.

# المطلب الأول

## تحقيق مذهب المالكية في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم على الفساد المرادف للبطلان.

يصرح كثير من الأصوليين أن النهي يقتضي الفساد عند المالكية وسواء علماء المالكية أو غيرهم ممن نقل عنهم، وينسب إليهم القول بالتوسط بين مذهب الحنفية والحنابلة، أو أن النهي عندهم يقتضي شبه الفساد[١]، أو شبه الصحة[٢]، و كما يقول آخرون يقتضي الفساد على وجه يثبت معه شبهة ملك[٣]، وتحقيق المذهب يلزمه استعراض آراء علماء المذهب المالكي.

### أولاً: الباجي ت ٤٧٤هـ

يصرح الباجي أن النهي يقتضي الفساد عند المالكية، ومنهم أبو محمد وهو القاضي عبد الوهاب المالكي[٤]، ولم يتطرق رحمه الله إلى شبه الصحة وشبه الفساد، بل هو الفساد فقط[٥].

---

(١) الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٥/٢.

(٢) القرافي، نفائس الأصول، ١٧٦٢/٤.

(٣) القرافي، تنقيح الفصول، ١٧٤، العلوي الشنقيطي، نشر البنود، ٢٠٢/١، حبيب الشنقيطي، نثر الورود، ٢٣٨/١.

(٤) دلّ على ذلك مجموع النقولات من علماء المذهب وغيرهم، ونقل العلائي عن ابن شاس المالكي عن القاضي أبي محمد عبد الوهاب أن مطلق النهي عنده في العقد لا يدل على الفساد إلا لدليل، انظر تحقيق المراد، ٣٠٦.

(٥) الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦.

## ثانياً: أبو بكر بن العربي[1] ت ٥٤٣هـ

يرى ابن العربي أن أرباب الأصول من المالكية جهلوا مذهب مالك رحمه الله فقالوا إن له قولين في المسألة (ويقصد أنهم نقلوا عنه القول بعدم الفساد والقول بالفساد).

والصحيح من مذهب مالك عند ابن العربي أن النهي على قسمين:

١- نهي يكون لمعنى في المنهي عنه، فهذا يدل على الفساد المرادف للبطلان.

٢- نهي يكون لمعنى في غير المنهي عنه، فهذا مختلف فيه، والأغلب فيه أنه لا يدل على الفساد[2].

وفرّق ابن العربي بين نوعين من المنهي عنه، إلا أنه أجمل في أحدهما ورجح أن النهي لا يقتضي الفساد فيها على الأغلب، وبهذا يكون قول المالكية عنده أن المنهي عنه لوصف ملازم لا يفيد الفساد، وفقاً للإطلاق عنده، ولكنني أرى أن ابن العربي لا يقصد كل أنواع المنهي عنه لمعنى في غيره، ولعله يخص بقوله المنهي عنه لوصف مجاور، لأنه محل خلاف عند المالكية، كما أنه لم يرد تصريح عن أحد من المالكية أن النهي لا يقتضي الفساد، بل المشهور عند الجمهور أن المنهي عنه لوصف ملازم في رتبة المنهي عنه لمعنى في ذاته، فيكون اقتضاء النهي للفساد يشمل النوعين.

ويختم ابن العربي حديثه بعبارة قد تحسم نزاعاً، فهو يرى أنّ اقتضاء النهي للتحريم مسألة أصولية، والقول بالفساد يختص بفروع الفقه[3]، فيكون ثبوت الملك ليس مخالفاً لقواعد الأصول بل هو من مسائل الفقه.

---

(1) ابن العربي هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي المعافري نشأ في إشبيلية عاش (٤٦٨-٥٤٣)هـ، حفظ القرآن وهو ابن تسع سنين وأتقن القراءات العشر وتمرّن على الأدب والشعر، وامتاز بالذكاء والموهبة النادرة، رحل إلى المشرق مرات وحج سبع حجات، وتوفي بالإسكندرية، انظر: مخلوف، شجرة النور الزكية، ١٧٥، والذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، ١٣/٣.

(2) ابن العربي، المحصول في أصول الفقه، ٧١.

(3) المرجع السابق، ٧١.

## ثالثاً: القرافي ت ٦٨٥هـ

نقل القرافي مذهب المالكية في الفروق على أنّه توسط بين أبي حنيفة وأحمد بن حنبل، إذ أوجب المالكية الفساد في بعض الفروع دون بعض[١]، فقالوا بالفساد لأجل النهي عن الوصف في مسائل دون مسائل، وعدّ ثلاث مسائل وهي الصلاة في الدار المغصوبة، والمسح على الخف المغصوب، والصلاة في الثوب المغصوب[٢]، وهي من مسائل الوصف المجاور، فالكلام عنده على العموم ويحمل كلامه على الفساد في الوصف الملازم وعدم الفساد في الوصف المجاور، وذلك من مجموع الأمثلة التي أوردها.

وفي تنقيح الفصول ينسب القرافي إلى المالكية أن النهي يقتضي الفساد على وجه يثبت معه شبهة الملك، وحجة المالكية هي مراعاة الخلاف[٣]، وقال في النفائس أنه يفيد شبه الصحة؛ لأن البيع الفاسد المنهي عنه يفيد شبهة الملك، وقاعدتهم في الأصول أن النهي يفيد الفساد، وراعوا الخلاف في أصل القاعدة في الفروع[٤].

ويفيد البيع المحرم الملك بالقيمة إذا اتصل به أحد أمور أربعة: تغير الأسواق، أو تغير العين أو هلاكها أو تعلق حق الغير، كما إذا وهبه المشتري أو آجره[٥].

وتفصيل القرافي هذا مرده إلى ما يُسطّره فقهاء المالكية من وجوب ضمان البيع الفاسد بالقبض وانتقال الملك بالفوات، والذي ترتب عليه غرم القيمة أو الثمن[٦].

وأسباب الفوات متعددة عندهم لا تقتصر على المذكور عند الأصوليين ويعدّد خليل أسباباً تختلف بحسب نوع المبيع عقاراً أو حيواناً أو أرضاً أو جارية[٧].

---

(١) القرافي، الفروق، الفرق السبعون، ٨٢/٢.

(٢) المرجع السابق، ٨٤/٢.

(٣) القرافي، تنقيح الفصول، ١٧٤.

(٤) القرافي، نفائس الأصول، ١٧٦٢/٤.

(٥) القرافي، تنقيح الفصول، ١٧٤، العلوي الشنقيطي، نشر البنود، ٢٠٣/١، حبيب الشنقيطي، نثر الورود، ٢٤٠/١.

(٦) الخرشي، حاشية الخرشي، ٤١٢/٥.

(٧) خليل، مختصر خليل مع حاشية الخرشي، ٤١٥/٥-٤١٩.

ولا يعني هذا؛ الاستثناء من قواعد الأصول أو مخالفتها، بل إن الفقهاء يؤكدون على أن النهي يقتضي الفساد، فيقول خليل "وفسد منهي عنه إلا لدليل"[١] ويقول الخرشي "إن المنهي عنه من عقد أو عبادة يفسد؛ لأن النهي يقتضي الفساد شرعاً إلا لدليل شرعي يدل على صحة المنهي عنه"[٢]، وقصدهم الفساد المرادف للبطلان.

ويقسم العدوي النهي إلى ثلاثة أقسام هي[٣]:

١- منهي عنه لذاته و لوصفه وهو فاسد كالخمر، إلا لدليل على عدم الفساد.

٢- منهي عنه لخارج عنه لازم كصوم يوم العيد؛ لأن الصوم يستلزم الإعراض عن ضيافة الله تعالى، وهو فاسد إلا لدليل يدل على عدم الفساد.

٣- منهي عنه لخارج عنه غير لازم، كالصلاة في الأرض المغصوبة، فلا يدل على الفساد.

وكلام العدوي يعطي تصوراً دقيقاً لمذهب المالكية، بل إنه يبين ما أجمله الأصوليون في مؤلفاتهم، حيث جعلوا الوصف بمنزلة الذات والنهي فيه يدل على الفساد، ولكنه جعل الخارج عن الذات نوعين إما لازم ويفيد الفساد وإما غير لازم فلا يفيد الفساد، وهو بهذا يجعل الوصف على نوعين: منه ما هو أشبه بالذات، وما يستقل بنفسه ويكون كالخارج اللازم وهو يفيد الفساد صراحةً إلا لدليل، وهو حقيقة المذهب المالكي كما يؤكده الفقهاء.

وترتيب الآثار على البيع الفاسد عند المالكية علته الرفق بالمتعاقدين ورفع الضرر عن أحدهما، وليس هذا تشبيهاً بالصحة أو تصحيحاً للعقد فلم يتحدث المالكية عن آثار الصحيح ولا أحكامه، بل عن ثبوت حكم الضمان للبيع الفاسد والباطل معاً -على تفريق الحنفية-، والذي يطلق عليه عندهم المجمع على فساده والمختلف في فساده، ويضمن الأول بالقيمة، والثاني بالثمن، مع الاختلاف بينهما أذكره فيما بعد[٤]، فلا يختص حكم الضمان عندهم بالبيع الفاسد.

---

(١) خليل، مختصر خليل مع حاشية الخرشي، ٣٧٨/٥.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، ٣٧٨/٥.

(٣) العدوي، حاشية العدوي، ٣٧٨/٥.

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ٤١٣/٥-٤١٤.

والبيع الفاسد عند المالكية يشمل ما نُهي عنه لذاته ولوصفه الملازم فيوصف بالفساد والبطلان على السواء[١]، وتفصيل المالكية لأسباب الضمان، معللٌ بمراعاة الخلاف عندهم كما ذكر القرافي، ومراعاة الخلاف هي "إعمالُ دليلٍ في لازم مدلوله، الذي أُعمِلَ في نقيضه دليلٌ آخر"[٢].

وتفصيل ذلك أن دليل المالكية في مسألة ما قد يقتضي حكماً ينتج عنه أثرٌ، والحكم هو المدلول، والأثر هو لازمه، كالقول ببطلان نكاح الشغار، للدليل الوارد والذي ينتج عنه فساد العقد وسقوط آثار العقد، إلا أنه لما كان قول الحنفية هو صحة النكاح وانعقاده، نتج عن ذلك مراعاة للخلاف -بعد وقوع الفعل وهو عقد النكاح- بعض الآثار عن عقد الشغار والتي هي لازم مدلول الخصم[٣]، والمبدأ ينطبق على العبادات والنكاح والمعاملات عند المالكية[٤]، وذلك بإثبات بعض الآثار على ما سيتضح لاحقاً.

والفوت الذي يثبته المالكية يلحق العين في البيع الفاسد، لا البيع، لأن البيع واجب الفسخ[٥]، ويقول القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿قُلْ لاَ يَسْتَوِي الْخَبِيثُ وَالطَّيِّبُ وَلَوْ أَعْجَبَكَ كَثْرَةُ الْخَبِيثِ﴾، المائدة (١٠٠)، "أن البيع الفاسد يفسخ ولا يمضي بحوالة سوق ولا بتغير بدن، فيستوي في إمضائه مع الصحيح، بل يفسخ أبداً ويُرد الثمن على المبتاع، وقيل لا يفسخ بعد الفوت لئلا يلحق الضرر بالبائع، ولكن الأول أصح لعموم الآية[٦].

كما أن ضمان المبيع في البيع الفاسد إذا فات، تعم مذاهب الجمهور من الشافعية والحنابلة وبعض الحنفية، ولا تخص المذهب المالكي، بل يرد التنصيص عندهم على أن

---

(١) جبريل المهدي، الصحة والفساد، ٣٧٢.

(٢) ابن عرفة، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ٢٦٣/١.

(٣) محمد الخلايلة، مراعاة الخلاف عند المالكية، رسالة ماجستير، ٢٠٠١، الجامعة الأردنية، ص٣٨-٤٠.

(٤) المرجع السابق، ١٣٩-١٤٧ وقد ذكر صاحب الرسالة العديد من الأمثلة على مراعاة الخلاف وهي تخص مسائل الفساد والبطلان.

(٥) جبريل المهدي آل اسكيا، الصحة والفساد، ٢٧٥.

(٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦ /٣٢٧.

"فاسد كل عقد كصحيحه في وجوب الضمان"[١] فلا يقبل أن يستدرك الضمان على المالكية فقط، وأن ينسب القول بشبه الفساد أو شبه الصحة لهم.

ويؤكد جبريل المهدي على أن المالكية طردوا أصلهم ولم يتناقضوا، وأن القول بالفوت ليس تناقضاً ولا مخالفة، بل يقال فيه تخصيص، وفرق بين التخصيص والتناقض، فالأصل لا ينتقض بالتخصيص، بينما بالتناقض ينتقض؛ لأن خروج بعض الصور عن العام للدليل لا تنقض العام[٢].

وقول جبريل، بأن المالكية لم ينقضوا أصلهم صحيح وراجح، أما أن ترتيبهم لبعض الآثار يُعدُّ تخصيصاً فهو بعيد؛ لأن المالكية أوجبوا الفوات ليس للدليل، وإنما مراعاة للخلاف، فإن نصّوا على ذلك، فَلِمَ يحمل على التخصيص؟

## رابعاً: التلمساني ت ٧٧١هـ

نسب التلمساني للمالكية القول بالتفصيل بين حقوق الله وحقوق العباد، على النحو التالي:

أن النهي عن الشيء ينقسم إلى نوعين[٣]:

١- إن كان لحق الله تعالى، فإنه يفسد المنهي عنه، ومثاله البيع وقت النداء. ويفسخ لأنه منهي عنه لحق الله تعالى.

٢- إن كان لحق العبد فلا يفسد المنهي عنه، وقد نهى النبي ﷺ عن التصرية، وخيّر المشتري بقوله: "فمن ابتاعها بعد فهو بخير النظرين، إن شاء أمسكها وإن شاء ردّها وصاعاً من تمر"[٤].

فلم يحكم بفسخ البيع، بل أوجب الخيار للمشتري، وذلك لأن الحق فيه للعبد.

---

(١) الزركشي، المنثور، ٢/١٥٠، ابن رجب، القاعدة السابعة والأربعون، ٦٧.

(٢) جبريل المهدي آل اسكيا، الصحة والفساد، ٣٨١.

(٣) التلمساني، مفتاح الوصول، ٤٢١.

(٤) البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٤/٤٢٢، ح٢١٤٨، برواية أبي هريرة، كتاب البيوع، باب ٦٤، النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، والمصرّاة، وانظر ح ٢١٤٩، ح٢١٥٠.

ويقرر التلمساني أن هذا التقسيم هو أساس التفرقة بين ما يفسخ من النكاح المنهي عنه بطلاق وما يفسخ بغير طلاق، فكل نكاح كان للزوج أو للزوجة أو للولي إمضاؤه وفسخه فإنه يفسخ بطلاق؛ لأن النهي فيه لحق العبد فالنكاح منعقد، وكل نكاح لا خيار فيه لأحد الثلاثة، فإنه يفسخ بغير طلاق؛ لأن الفسخ فيه لحق الله تعالى فكان فاسداً غير منعقد، ويفسخ بغير طلاق، وما خرج عن هذا فإنما هو لدليل منفصل(١).

واعتبر التلمساني تقسيمه السابق هو تحقيق المذهب المالكي، في حين لم يتعرض له علماء المالكية باستثناء ما ينقله الزركشي (٢) عن أبي الحسن اللخمي(٣)، وتفصيل الشاطبي الذي سأعرضه.

ويعترض العلائي على هذه القسمة، ويعتبرها قولاً غريباً، لأن مقتضاها أن النهي في العبادات يقتضي الفساد مطلقاً لأن جميع مناهيها حقٌ لله تعالى، ويقتضي التفصيل في غيرها، ويرده كثير من الأمثلة التي قيل فيها بالفساد، والنهي فيها لحق الخلق كالبيع المقترن بالشرط المفسد(٤).

ولعل هذا التفصيل ليس تحقيقاً للمذهب المالكي، وإنما هو قول لقائله وإن لم يحدد التلمساني هويته، ويؤكده أن العبادات التي يكون النهي فيها لوصف مجاور ولا تقتضي الفساد، مسألة خلافية عند علماء المالكية فمنهم من يحملها على الفساد كالحنابلة ومنهم من يرى صحة العبادة ، وبناء على القول الأول فإن المناهي في العبادات كلها تقتضي الفساد، فينطبق التقسيم في شقه الأول على وجهة نظر القائلين به، أما ما يتعلق بحقوق العباد فيحتمل التفصيل، لتحديد أنواعها، وقد يعين على فهمها تفصيل الشاطبي للأمر.

---

(١) التلمساني، مفتاح الوصول، ٤٢٣.

(٢) الزركشي، البحر المحيط، ٢/٤٤٦، نقله الزركشي عن المازري شارح البرهان عن شيخه أبي الحسن.

(٣) أبو الحسن اللخمي هو علي بن محمد الربعي أبو الحسن، فقيه مالكي، قيرواني الأصل، اشتهر بالأدب والحديث، صنف تعليقاً على مدونة مالك سماه التبصرة، ذكر فيه آراءً خارجة عن المذهب ت (٤٧٨هـ)، انظر مخلوف، شجرة النور الزكية، ١١٧.

(٤) العلائي، تحقيق المراد، ٤٠٨، واعترض الزركشي بما اعترض به العلائي، انظر البحر المحيط، ٢/٤٤٦.

## خامساً: الشاطبي ت ٧٩٠هـ

يتحدث الشاطبي في الموافقات عن دلالة النهي بحسب أنواع الحقوق، وقبل بيان ذلك يلزم استعراض موقف الشاطبي من البطلان في العادات[١]، حيث أرجع الشاطبي اختلاف العلماء بين قائل بالإبطال وقائل بالتصحيح إذا ورد النهي فيها، إلى اعتبارين تتعلق بهما العادات:

١- كونها أموراً مأذوناً فيها أو مأموراً بها شرعاً.
٢- كونها راجعة إلى مصالح العباد.

ومن العلماء من أغرق في الاعتبار الأول وألحق العادة بالعبادة فأبطل منها ما لم يوافق خطاب الشارع تغليباً لجانب التعبد، ومنهم من أعمل الاعتبار الثاني دون إغراق وإهمال الأول، ونظر إلى القصد من العمل، فإن كان يقصد به مخالفة الشارع فالعمل باطل، وأما إن لم يحصل القصد المخالف للشارع فهو غير باطل، وهو منهج الحنفية في تصحيح العقد الفاسد[٢].

وفي موضع آخر من الموافقات يعرض حقيقة الأمر عنده حيث يقسم دلالة النهي بحسب نوع الحق إلى ثلاثة أنواع[٣]:

١- حق الله الخالص، والنهي فيها يفيد الفساد وينطبق على العبادات؛ لأن المعنى غير معقول في العبادات، فقصد الشارع فيها الوقوف عند حدها ومخالفة قصده تبطل العمل، وسبب اقتضاء النهي فيها الفساد لأن النهي يقتضي أن الفعل غير مطابق لقصد الشارع إما بأصله كزيادة صلاة سادسة أو بوصفه كقراءة القرآن في الركوع. ومن صحح النهي في هذا النوع لعله لم يصح دليل النهي عنده، أو لأن النهي غير حتم، إما لرجوع جهة المخالفة إلى وصف منفك كالصلاة في الدار المغصوبة، أو أنه اعتبر المسألة من المفهوم ومعللاً بالمصلحة وهو قليل في العبادات.

---

(١) بالنسبة لمفهوم البطلان عند الشاطبي فهو لم يختلف عمّا قاله العلماء فهو عدم ترتب الآثار في الدنيا والآخرة. وهي في العبادات عدم سقوط القضاء لمخالفتها قصد الشارع. انظر الموافقات، ١/٢٦٠-٢٦٣.

(٢) الشاطبي، الموافقات، ١/٢٦٠-٢٦٣.

(٣) الشاطبي، الموافقات، ٢/٦٠١-٦٠٢.

٢- ما هو مشترك بين حق الله وحق العبد والمغلب هو حق الله وحكمه مثله، ومن صحح النهي بعد الوقوع فهو للأمور الثلاثة الأولى ويلحق بها أمر رابع وهو الشهادة بأن حق العبد هو المغلّب.

٣- ما اشترك فيه الحقان وحق العبد مغلب، وهو معقول المعنى، وحقيقته المحافظة على تحصيل مصلحة العبد، فإن لم تتحقق مصلحة العبد وحقه فالعمل باطل، وإن حصل حق العبد مسبباً عن غير المنهي عنه صح وارتفع النهي، ويعلل الشاطبي أن النهي فرض لحق العبد، فإن رضي العبد بإسقاط حقه فله ذلك، لذا من يصحح العمل المخالف بعد وقوعه فللأمور الثلاثة الأولى.

بهذا يفوق تقسيم الشاطبي السابق، ما أجمله التلمساني، ويجيب على اعتراضات من يشكك بصحة التقسيم إلى حقوق الله تعالى وحقوق العبد، ولكن يبقى للاعتراض مجال في بند حقوق العبد.

إذ دلالة النهي على الفساد أو عدمه، مازالت محل خلاف لم يحسمها الشاطبي –في ظني- بل إنه لم يعط تصوراً دقيقاً، فلم يحسم الخلاف فيما هو حق لله تعالى، حيث أبقى الخلاف قائماً بحسب دلالة النهي عند كل فريق، وتحديد محل النهي وعلته.

أما ما كان حقاً للعبد ومعللاً بتحقيق المصلحة، فالقول ببطلان العمل عند عدم تحقيق المصلحة غير كاف في بيان سبب البطلان، لأن تحقق مصالح العباد غير منضبط لارتباطها بتحقيق مقاصد الشارع، فتحقق مصلحة العبد دون مقصد الشارع، لا يمكن أن تؤدي إلى تصحيح الفعل.

فالمسألة في حقوق العباد ليست حدية، وليست صرفة في تحقيق مصالح العباد.

خلاصة ما سبق أن آراء المالكية على قولين، الأول أن النهي يقتضي الفساد إلا لدليل وهو الراجح في مذهب المالكية ولا يضره شبهة الملك المذكورة، والثاني وهو قول بعض علماء المالكية كاللخمي والتلمساني والشاطبي من تقسيم الحقوق إلى نوعين.

## المطلب الثاني: تحقيق مذهب الإمام الشافعي في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم على الفساد المرادف للبطلان.

تنوعت آراء الشافعية في مسألة دلالة النهي على الفساد، واتجه جمهور الشافعية إلى القول بدلالة النهي على الفساد، بينما مال بعضهم إلى القول بعدم دلالة النهي على الفساد، ونُقل عن الإمام الشافعي القولان في المسألة[١].

وكان من الشافعية أنصار للقول الثالث إذ قالوا بالفساد في العبادات دون المعاملات، ويعدّ الشافعية من أكثر من تنوعت أقوال علمائهم وتغايرت، بل أحياناً وتضاربت عند العالم نفسه، وذلك لما يكتنف المسألة من الغموض، وللخطأ في فهم القول ونقله ونسبته لعالم من العلماء، ولأن المسألة تعرض بالإجمال في جميع أنواعها وبالتفصيل أحياناً، مما سبب إشكالاً – في ظني– عند المتأخرين.

ونقل الزركشي عن المازري[٢] قولين للإمام الشافعي –رحمه الله–[٣]، ونسب الشيرازي[٤] والجويني[٥] والسبكي[٦] إليه القول بعدم دلالة النهي على الفساد، أما جمهور الشافعية فينسبون إليه القول بدلالة النهي على الفساد وبإطلاق دون تفريق بين المنهي عنه لعينه أو لوصفه[٧].

وفرق بعض الشافعية في النقل عن الإمام بين المنهي عنه لعينه، والمنهي عنه لوصفه فيرى ابن برهان أن المنهي إن كان لعينه دل على الفساد عند الشافعي، وإن كان

---

(١) انظر تفصيلات الأقوال وأصحابها في الفصل الثالث، المبحث الأول منه.

(٢) المازري هو: محمد بن علي بن عمر التميمي أبو عبد الله المازري، عاش الفترة (٤٥٣–٥٣٦)هـ، محدث من فقهاء المالكية، نسبته إلى مازر جزيرة بصقلية، وفاته كانت بالمهدية، له مؤلفات عدة منها: إيضاح المحصول في الأصول وشرح البرهان. انظر الزركلي، الأعلام، ١٦٤/٨، والذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، ٥٥٩/٢.

(٣) الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٣/٢، نقله الزركشي عن المازري شارح البرهان.

(٤) الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٧/١، والتبصرة، ١٠٠.

(٥) الجويني، البرهان، ٢٩٢/١، وابن السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٢٧.

(٦) السبكي، الإبهاج، ٦٩/٢.

(٧) العلائي، تحقيق المراد، ٣٠٣، نقله عن الماوردي في الحاوي، الباجي، إحكام الفصول، ١٢٦.

لغيره فلا يدل على الفساد. ومثاله: البيع وقت النداء، فإن النهي فيه لغيره، ويختم ابن برهان حديثه بأنه لم يثبت عن الإمام نقل[1].

ويختم العلائي بحثه من خلال استقراء نصوص الإمام الشافعي بأن الراجح عند الإمام أن النهي عن الشيء لعينه ولوصفه يدل على الفساد، والنهي عنه لغيره المجاور لا يدل على الفساد[2]، والفساد المقصود هو المرادف للبطلان.

أما حقيقة الأمر عند الإمام فهي في نصوصه من الرسالة، حيث قسم أنواع النهي باعتبار المعنى المراد من النهي، سواء استخرج من نصوص أخرى أو كان النص دالاً على الحرمة مع بيان علة التحريم، وتحدث عن كيفية فهم المناهي وأن النصوص تفهم مجتمعة، لتحديد محل النهي وعلته[3]، ثم تحدث عن صفة نهي الله تعالى ونهي رسوله ﷺ، وهما على نوعين:

١- ما ثبت تحريمه كأصل، ولا يحل إلا بوجه أو دليل من كتاب أو سنة، فإذا نهى رسول الله ﷺ عنه فالنهي للتحريم لا وجه له إلا التحريم إلا أن يكون له علة ودليل يستثنيه، ومثاله في الأموال أن الأصل فيها أنها لا تحل، فمال المسلم حرام على أخيه المسلم، وما ورد النهي فيه من بيوع، كالغرر والرطب بالتمر فهي محرمة، والأصل في النساء أنهن محرمات على الرجال إلا في النكاح وملك اليمين، وأباح تعالى النكاح وسن الرسول ﷺ فيه الولي والشهود ورضى المنكوحة والزوج، وبدون الأركان الأربعة يحرم النكاح، وما نهى عنه من أنكحة كالشغار والمتعة ونكاح المرأة على عمتها، فهي محرمة ويجب فسخها[4].

---

(١) ابن برهان، الوصول إلى الأصول، ١/١٨٧، ١٩٧، وقد نقل القول السمعاني والغزالي دون أن ينسبه للشافعي، انظر قواطع الأدلة، ٢٢٩، المستصفى، ٢/١٠٠.

(٢) العلائي، تحقيق المراد، ٣٠٣-٣١٧.

(٣) الشافعي، الرسالة، ٣٠٧-٣٤٢.

(٤) الشافعي، الرسالة، ٣٤٣-٣٤٩.

٢- النوع الثاني ما كان أصله من المباحات، ثم وردت أدلة نهي عن بعض الحالات، مثل النهي عن أن يقْرِن الرجل إذا أكل بين التمرتين[١] وأن يأكل الرجل من أعلى الصفحة[٢]، والطعام في أصله من المباحات فالنهي ليس عن أصله وإنما عن فعل شيء محدد، وفاعل المنهي عنه عاص بفعله لهذا النوع، ولكن ليس محرماً؛ لأن أصله مباح، ويؤكده أن فاعل المنهيات عنها في النوعين السابقين عاص، ولكن من أمر بأمر مباح حلال، ثم نهى عن فعلٍ فيه، فإن معصيته في المباح لا تحرمه عليه بكل حال، وإنما تحرم المعصية، في حين أن الأموال وفروج النساء محرمة ولا تحل إلا بما أباحه الله تعالى. فمن خالف وعقد على غير الوجه المشروع، بقي الفعل محرماً ولا يحل بوجه[٣].

وفهم الشافعي للمسألة ينطبق على حقيقة لازمة أنه قد يقترن صحة الفعل مع النهي عن فعله والمعصية فيه، ولا يقال أنه يقصد نهي الكراهة في النوع الثاني؛ لأن الإمام أثبت المعصية، وإن كانت درجتها أقل كما ذكر، وكلامه عن عدم الحرمة في النوع الثاني -أظنه- يقتصر على الأصل العام المباح بدون الوجه المنهي عنه، وإلا فإن المعصية تقترن بالحرمة، ولا تكون مع الكراهة، فلا يستقيم المعنى لو حُمل على نهي الكراهة.

---

(١) البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ١٥٦/٥، ح٢٤٨٩، ح٢٤٩٠ برواية ابن عمر عن رسول الله ﷺ، "نهى النبي ﷺ أن يقرن الرجل بين التمرتين جميعاً حتى يستأذن صاحبه"، وفسر ابن حجر الحديث في كتاب الأطعمة، ح ٥٤٤٦، ج٤٨٢/٩ بأن القران هو ضم تمرة إلى تمرة لمن أكل مع جماعة أو يقصد بها الإكثار من أكل التمر إذا كان مع غيره.

(٢) أبو داود، السنن، ٢٨٨/٤، ح (٣٧٦٦)، باب (١٩) الأكل من أعلى الصفحة عن ابن عباس الحديث "إذا أكل أحدكم طعاماً فلا يأكل من أعلى الصفحة، وليأكل من أسفلها، فإن البركة تنزل من أعلاها" قال المحقق، الحديث رواه أصحاب السنن وقال الترمذي عنه حسن صحيح وهو عند الترمذي برواية أخرى لابن عباس في معناها. انظر سنن الترمذي، ١٣/٣ ح (١٨٠٥) كتاب الأطعمة.

(٣) الشافعي، الرسالة، ٣٤٩-٣٥٥.

وفي كتابه الأم، يعتمد الإمام منهج التفرقة بحسب نوع النهي للتحريم أو للتنزيه مع التأصيل في دلالة النهي على النحو التالي[١]:

١- الأصل في النهي أنه للتحريم إلا ما ورد عليه الدليل أنه لغير التحريم، وما نُهي عنه للتحريم كالنهي عن بيعتين في بيعة، وبيوع الربا، وحكمها أنها بيوع مفسوخة، وكذا نهيه عن الشغار والمتعة.

٢- ونهي التنزيه والذي ورد النهي فيه في حالات دون حالات، كخطبة الرجل على خطبة أخيه[٢].

يؤصل الإمام قواعد للإبطال والفسخ تقوم على التفريق بين نهي التحريم ونهي الكراهة، وهي محل اتفاق في الثانية ومحل اختلاف في الأولى على ما سبق، ويعتمد على قاعدة الأصل في الأفعال هل هو الحرمة أم الإباحة؟ فما كان أصله التحريم ولا يحل إلا بشروط وضوابط، يكون النهي في أفراده محرماً مبطلاً للفعل اعتماداً على أصله، وما كان الأصل فيه مباحاً ثم ورد النهي في فعل من أفعاله، لا يحرم الأصل، بل تقتصر الحرمة على الفعل، والظن عندي -والله أعلم- أن يكون الحكم هو الكراهة لا التحريم ليختلف الأمران اعتماداً على الأصل في كلٍ منهما، ولم يتعرض الإمام لإطلاق النهي في دلالته على الفساد، ولا لأنواعه من حيث عينه أو وصفه كما استنتج العلائي[٣]، والذي يُستفاد من مجموع كلامه أن النهي عن الشيء لعينه أو لوصفه يفيد الفساد، والنهي عنه لمجاور لا يفيد الفساد، ولم يتعرض الإمام في ظني لهذه المعاني، بل إنه لما تحدث عن الخطبة على الخطبة لم يوضح حكم العقد أو أثر النهي بل ارتكز على بيان كيفية فهم علة النهي وسبب الورود.

---

(١) الشافعي، الأم، ٩/٣٩١.

(٢) وضح الشافعي أن النهي عن الخطبة على الخطبة ليس على إطلاقه، وإنما في حالة الركون والرضى، أما قبلهما فلا، بدليل قصة فاطمة بنت قيس وخطبتها، ولم يتعرض الشافعي لحكم العقد فيها.

(٣) العلائي، تحقيق المراد، ٣١٧.

بل قد يظن القارئ أن الإمام يرى الفساد في المناهي كلها، لتركيزه على أمر المعصية والمخالفة والتي تستوجب الاستغفار في صور المناهي كلها. ولكنه لم يشر إلى أثر النهي، للحكم على دلالته.

وإشارة الإمام إلى التفريق بين الأصول المحرمة والأصول المباحة، محاولة لتحديد أثر النهي في كلٍ منهما، ولكنها إشارة عامة تحتاج إلى تفصيل وتحديد، فليس كل ما أصله محرماً يلزم أن يكون النهي فيه محرماً، بل إن الأصل الذي أورده الإمام بشأن تحريم النساء على الرجال، والحل بشروط، يعترض عليه بأمثلة من النواهي التي لا تفيد الفساد كالخطبة على الخطبة عند من يرى عدم الفساد فيها، والطلاق في الحيض عند من يصحح وقوعه، فالاستناد إلى الأصول المحرمة يعين في فهم دلالة النهي على التحريم ولكنه غير كافٍ في دلالته على الفساد، أو لعل فيه إشارة أيضاً إلى إمكانية اجتماع التحريم مع المنهي عنه لمجاور، وأن الأمر فيه لا يقتصر على الكراهة.

## المطلب الثالث: تحقيق مذهب الحنابلة في دلالة المنهي عنه لوصف ملازم على الفساد المرادف للبطلان.

اشتهر عن الحنابلة القول بالفساد المرادف للبطلان مطلقاً لكل أنواع المنهي عنه واعتبر القرافي أن هذه مبالغة جاوزت التوسط والاعتدال، وليس في المنهي عنه لوصف ملازم شك أو خلاف عند الحنابلة في دلالته على الفساد، وإنما يثور الخلاف في المنهي عنه لمجاور بين إطلاق القول بالفساد عند بعضهم، والتفصيل بين أنواعه عند البعض الأخر.

ويفرق بعض الحنابلة بين حق الله تعالى وحق العبد في المنهي عنه لمجاور ، كابن قدامة وابن النجار، على ما سيأتي بيانه في موضعه.

وكان لابن تيمية[1] نظرته الخاصة في الأمر، والتي اعتمد فيها التفريق بين حق الله تعالى وحق العبد، دون اعتبار لأنواع المنهي عنه، بل إنه يعترض على من يقسم أنواع

(١) ابن تيمية، الفتاوي، ١٥٦/٢٩.

المنهي عنه إلى منهي عنه لوصف ملازم، ومنهي عنه لمجاور إذ إنّ كثيراً من المنهيات التي تعلل بأنها لوصف ملازم، يصلح تكييفها على المنهي عنه لمجاور.

ويزيد ابن تيمية في الأمر بياناً، باعتماده تعليلاً أدق لصور المنهي عنه بقوله سداً للذريعة، وهو مشابه لتعليل الطوفي[١]، ولا يمكن الجزم بتأثر ابن تيمية بالطوفي، لتقدم الطوفي على ابن تيمية باثنتي عشرة سنة في سنة الوفاة[٢].

وتفصيل ذلك كله، أرجئه إلى المبحث الثالث في عرض آراء العلماء في المنهي عنه لمجاور.

## المطلب الرابع: بيان مذهب القائلين بالفساد في العبادات دون المعاملات.

من القائلين بالفساد في العبادات دون المعاملات، الرازي الذي صرح باقتضاء النهي الفساد في العبادات دون المعاملات وأظنه سائراً على خطى أبي الحسين البصري في ذلك، ويتناقض تصريحه مع ما يعتقده في الصفحات اللاحقة، حيث اختار الرازي في مسألة الصلاة في الدار المغصوبة صحتها[٣]. خلافاً لما اختاره البصري، الذي رجح بطلانها[٤].

ويختلف منهجه في المحصول عما اعتمده في المعالم، حيث قسم في المعالم النهي إلى عدة أنواع، وقال إن كان المنهي عنه خارجاً مفارقاً، فالنهي لا يقتضي ذلك الفساد، مثاله صحة الوضوء بالماء المغصوب[٥].

---

(١) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٢/٤٣٩-٤٤٠.

(٢) انظر المبحث الثالث من هذا الفصل.

(٣) الرازي، المحصول، ٢/٢٩٠.

(٤) البصري، المعتمد، ١/١٩٥.

(٥) القرافي، نفائس الأصول، ٤/١٧٧٢، نقله عن الرازي في المعالم وقد سبقت الإشارة إليه في الفصل الثاني.

ويدافع الأصفهاني عن رأي الرازي بالفساد مطلقاً في العبادات، بأنه يقصد الفساد في حالة النهي عن ذات العبادة لا عن مجاور لها[١].

ولعل التضارب السابق هو من الصور المشهورة في اختلاف آراء العلماء في خاصة أنفسهم وحتى في النقل عنهم، مما أدى إلى كثرة النقولات والآراء في المسألة.

ومن العلماء الذين نُسب إليهم هذا القول الغزالي والآمدي، فيما نقله عنهم الزركشي[٢].

وقد تبين من المباحث السابقة أن الغزالي يرى أن النهي لا يقتضي الفساد، وأن الفساد يعرف بفوات شرط أو ركن[٣]، وأن ما قرّره في المستصفى لا يتفق ومنهجه في الفقه، والذي اعتمد فيه منهج الشافعية. كما أشرت، بل إنه في موضع آخر من المستصفى وفي حديثه عن الحكم الشرعي وأنواعه، تعرض لمسألة النهي العائد إلى وصف الفعل هل يفسد به الأصل؟ ويفهم من مضمونه ترجيح مذهب الشافعية ورفض منهج الحنفية[٤].

وبالنسبة للآمدي فلم يصرح بالفساد في العبادات دون المعاملات، بل أشار إلى خلاف العلماء في مسألة النهي عن التصرفات والعقود المفيدة لأحكامها كالبيع والنكاح، وكأنه يقصر المسألة في العقود، واختار القول أنّ ما نهي عنه لعينه يدل على الفساد من جهة المعنى، وأضاف أنه لا خلاف في أن ما نهي عنه لغيره لا يفسد كالبيع وقت النداء إلا ما نقل عن مالك وأحمد[٥]، ومن مجموع كلام الآمدي وردوده على أدلة القائلين بفساد المنهي عنه لغة، يغلب على الظن أنه يرجح عدم دلالتها على الفساد وكأنه فيما يضعف من أدلة يثبت أن مجرد النهي لا يدل على الفساد ويكفي أن يدل على عدم الصحة، ويؤكد ذلك أنه تعرض لمسألة لاحقة وهي عدم دلالة النهي على الصحة على المختار عنده، فيكون اختياره عدم الدلالة على الفساد، ولكن لا يعني ذلك الدلالة على الصحة[٦]، والأمر عنده غير واضح خاصة وأنه ابتدأ حديثه في المنهي عنه لعينه.

---

(١) الأصفهاني، الكاشف، ١٧٦/٤.

(٢) الزركشي، البحر المحيط، ٤٤٢/٢، نقله الزركشي عن الصفي الهندي.

(٣) الغزالي، المستصفى، ١٠٥/١.

(٤) الغزالي، المستصفى، ١٥٢/١.

(٥) الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢.

(٦) المرجع السابق، ٤٠٨/١-٤١٢.

والأعجب من هذا كلام السبكي في الأشباه والنظائر، حيث اختار أن النهي عن الشيء يقتضي عدم صحته وعدم الاعتداد به في نظر الشرع، فإن كان في العبادات اقتضى صحته وعدم إجزائه، وإن كان في المعاملات اقتضى صحته وعدم استقراره، وسلط الفسخ عليه[١]، وقال السبكي: "هذا ما رأيناه مذهباً، وإن كنا قصدنا في مصنفاتنا الأصولية خلافه، وإنما نبهنا عليه هنا لأنا لم نذكره فيها، بل نحن هنا لا نفرع عليه لكونه حائداً عن مذهب الإمام المطّلبي"[٢]. وكأن السبكي يرجح الفساد في العبادات دون المعاملات؛ لأن نتائج النهي كانت عدم إجزاء العبادة أي بطلانها، وعدم استقرار المعاملة. وهذا لا يقتضي البطلان، بل يعطي الحرية في الفسخ، بحيث يفقد العقد صفة اللزوم، ويعترف أنه تنظير أصولي صرف، دون تطبيق موافق له، لأنه خالف مذهب الشافعي.

والإمام البيضاوي لم يخرج عن منهج الشافعية في اقتضاء النهي الفساد، وقد قسم النهي إلى أنواع متبعاً فيها منهج الرازي، إلا أن الذي يؤخذ عليه أنه قسم أنواع المناهي إلى عبادات ومعاملات، وأن النهي في العبادات يدل على الفساد، بينما في المعاملات ينقسم إلى أنواع بحسب محل النهي، فإما أن يرجع إلى العقد نفسه فيدل على الفساد وإما أن لا يرجع إلى العقد نفسه فيدل على الفساد أيضاً إلا في حالة رجوعه إلى غير لازم ومقارن للعقد كالبيع وقت النداء فإنه لا يدل على الفساد[٣]، وهو في المعاملات يتبع منهج الشافعية، إلا أنه في العبادات خالف المنهج بإطلاق القول بالفساد دون تمييز، ولعله تأثر بقول الرازي فيها، واعترض عليه كل من الجزري[٤]، والبدخشي[٥]، بأنه يلزمه أن يُلحق العبادات بالمعاملات في تقسيم أنواع المنهي عنه.

---

(١) ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ١١٦/٢.

(٢) المرجع السابق، ١١٦/٢.

(٣) البيضاوي، منهاج الوصول مع نهاية السول، ٣٠٣/٢-٣٠٤.

(٤) الجزري، معراج الوصول، ٣٤٢/٢.

(٥) البدخشي، شرح البدخشي، ٥٢/٢.

# المبحث الثاني

# أدلة جمهور الأصوليين على دلالة النهي على الفساد

يشتمل هذا المبحث على عرض أدلة القائلين باقتضاء النهي للفساد المرادف للبطلان مطلقاً وأدلة القائلين بالفساد في العبادات دون المعاملات وما دار حولها من نقاش، وكان ذلك في مطلبين.

## المطلب الأول: أدلة القائلين بدلالة النهي على الفساد المرادف للبطلان مطلقاً.

### الدليل الأول: من السنة.

استدلوا بحديث رسول الله ﷺ: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو ردّ"[(١)] والمنهي عنه ليس من الدين فهو مردود، والمردود هو الباطل غير المجزئ، فهو ليس صحيحاً ولا مقبولاً، إذ لو كان المنهي عنه مجزئاً وثبتت أحكامه، لما كان مردوداً[(٢)].

وكلمة "الرّد" عند ابن حجر تعني البطلان في العبادات والعقود، ويصح عنده الاستدلال بالحديث على اقتضاء النهي للفساد، فالحديث أصل من أصول الدين وقواعده، ولو وجد في المنهيات حديث آخر يعتبر مقدمة أولى لإثبات الحكم الشرعي ودليل النهي في محل النزاع، فإن المقدمة الثانية وهي إبطال الفعل، ثابتة بالحديث الذي بين أيدينا، فيكون الحديث نصف أدلة الشرع[(٣)].

---

(١) البخاري، صحيح البخاري بفتح الباري، ٣٥٥/٥، ح٢٦٩٧، كتاب الصلح، برواية عائشة رضي الله عنها، ٣٥٥/٤ باب النجش بدون ترقيم للحديث ولا ذكر الرواي، وانظر مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ٢٤٢/١٢، كتاب الأقضية، ح ٤٤٦٧، ح ٤٤٦٨ برواية عائشة "من أحدث في أمرنا..." رواية عائشة الثانية أيضاً "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد "والثاني ذكره البخاري في باب الاعتصام.

(٢) البصري، المعتمد، ١٨٧/١، الشيرازي، شرح اللمع، ٢١٧/١، الجويني، التلخيص، ٤٩٨/١، السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٣٤، الرازي، المحصول، ٢٩٧/٢، الآمدي الإحكام، ٤٠٨/٢.

(٣) ابن حجر، فتح الباري، ٣٥٧/٥.

ويؤكد النووي في شرحه على أهمية الحديث، إذ يعتبره قاعدة عظيمة من قواعد الدين، وهو صريح في رد كل البدع والمخترعات، بل هذا الحديث عند النووي ينبغي حفظه واستعماله في إبطال المنكرات، وهو دليل على أن النهي يقتضي الفساد[١].

**الاعتراض على الدليل:**

اعترض على الدليل من عدة وجوه:

**الأول:** إنه من أخبار الآحاد، ولا يصح الاستدلال بخبر الآحاد في مسألة من المسائل القطعية الأصولية، كمسألة دلالة النهي على الفساد[٢].

**الرد على الاعتراض:**

١- إن الحديث وإن كان خبر آحاد، إلا أن الأمة تلقته بالقبول وأجمعت على صحته، وقد ثبت في الصحيحين، وجرى مجرى التواتر ولا يجوز تركه[٣].

٢- إن أصول الفقه مسائل اجتهادية، وليست من المسائل القطعية التي لا تثبت إلا بالقطعيات كأصول الديانات، فالمخالف في أصول الفقه لا يكفر ولا يفسق، وإنما يُخَطَّأ[٤].

**الثاني:** واعترض أيضاً بأن كلمة "ردّ" لها عدة معانٍ في اللغة، وليس من معانيها إعادة مثله، ومن أظهر معانيها أن الفعل المردود لا يقع طاعة أو عبادة متقبلة مثاباً عليها[٥]. فالطلاق في الحيض منهي عنه، ومع ذلك ثبت وقوعه وسببيته للبينونة، وبالتالي لا تفيد كلمة رد الإبطال، بدليل صحة الطلاق في الحيض[٦].

---

(١) النووي، شرح صحيح مسلم، ٢٤٢/١٢، ح ٤٤٦٧.

(٢) الشيرازي، شرح اللمع، ٢٩٨/١، الجويني، التلخيص، ٤٩٩/١، ابن عقيل، الواضح، ٢٤٣/٣.

(٣) الشيرازي،شرح اللمع، ٢٩٨/١، التبصرة، ١٠١، ابن عقيل، الواضح، ٢٤٣/٣.

(٤) ابن عقيل، الواضح، ٢٤٥/٣.

(٥) البصري، المعتمد، ١٨٨/١، الجويني، التلخيص، ٤٩٩/١، الغزالي، المستصفى، ١٠١/٢، الآمدي، الإحكام، ٤١٠/٢، ابن الحاجب، منتهى الوصول، ١٠٠.

(٦) الرازي، المحصول، ٢٩٨/٢، الأصفهاني، الكاشف، ١٨٨/٤.

**الرد على الاعتراض:**

إنه لا يجوز الاستدلال على بطلان قاعدة ما، بالاستثناءات الخارجة منها، فإبطال المنهيات هو الأصل وهو المراد بالنهي، وردّها بالإبطال وعدم الثواب والإجزاء، هو المعنى الحقيقي لها، وثبوت حالات نهي ترتبت عليها آثار واستثناءات تخالف القاعدة، غيرُ قادح في صحتها وسلامتها، لما ثبت سابقاً أن النهي للفساد إلا فيما ورد فيه الدليل.

**الثالث:** يرى الآمدي أن تحديد الضمير في الحديث، يوضح معناه، فالضمير لا يعود على الفعل المأتي به، وإنما يراد به الفاعل، وتقديره أن من أدخل في ديننا ما ليس منه، فالفاعل ردّ، أي مردود غير مثاب على فعله، فلا يكون خلاف بين الفريقين[١].

**الرد على الاعتراض:**

كلام الآمدي صحيح لكنه قاصر، فهو يخصص معنى الحديث ويحدد موضع الضمير دون دليل، بل إن عوّد الضمير على أقرب مذكور هو الأولى فكلمة "من" جاءت في بداية الحديث وكلمة "ما" جاءت في وسطه وكلمة "رد" في آخره فالأولى عَوْدُها على كلمة "ما" والمراد بها الفعل المأتي به، وعلى كلٍ فإن عود الضمير على الاثنين معاً هو الأولى؛ لأن الفعل وفاعله ردّ، حيث يبطل فعله ولا يستحق أجره للارتباط بالاثنين، ولا يمكن قصر المعنى على أحدهما بدون دليل.

**توجيه عام:**

إن حديث رسول الله ﷺ صريح ودليل قوي للاستدلال، وهو بعمومه يشمل كل ما هو محدث، سواء بابتداع ما هو جديد أو بمخالفة ما هو قائم وعدم الإتيان بأركانه وشروطه؛ لأن العبادة والمعاملة لا تصح إلا وفق الدين والشرع، والحديث عند شراحه يعدل نصف أدلة الشرع وهو قاعدة من قواعد الدين والعمل بعمومه من حيث إبطال الفعل والأجر هو الأصح في فهم نصوص الكتاب والسنة ما لم يرد دليل التخصيص، والمخصص يعمل بخصوصه فيما ورد به الدليل، ولا يقدح في باقي أفراد العموم، لذا لا تقدح الأدلة التي ورد فيها تصحيح الفعل بعد ورود النهي لإبطال معنى الحديث الذي بين أيدينا.

---

(١) الآمدي، الإحكام، ٢/٤١٠.

قال المناوي "يحتج به –يقصد الحديث– في إبطال جميع العقود المنهية، وعدم وجود ثمراتها المترتبة عليها"[١] وأن كلمة "ردّ" بمعنى مردود حيث أطلق المصدر على اسم المفعول ومعناها باطل، ومردود على فاعله بالبطلان[٢].

## الدليل الثاني: من الإجماع:

استدلال الصحابة رضوان الله عليهم على فساد العقود بالنهي الوارد فيها، حيث استدلوا على فساد الربا بالنصوص الواردة كقوله تعالى: ﴿ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا ﴾، البقرة، الآية: ٢٧٨. وأحاديث النهي الواردة عن رسول الله ﷺ[٣]، "لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق..."؛ واستدلوا على فساد نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ ﴾، البقرة، الآية: ٢٢١، واستدلوا بالنهي الوارد في نصوص الكتاب والسنة[٤] على بطلان نكاح الشغار[٥].

## الاعتراض على الدليل:

اعترض عليه من عدة وجوه:

١–إن الإجماع لم يقع من جميع الأمة، وإنما من بعض الأمة، ولا حجة في قول بعضهم[٦].

---

(١) المناوي، فيض القدير، ٣٦/٦، "من أحدث".

(٢) المرجع السابق، ٣٦/٦.

(٣) مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٣/١١، ح٤٠٣١ برواية أبي سعيد الخدري، باب الربا، كتاب المساقاة.

(٤) مسلم، صحيح مسلم مع النووي، ٢٠٤/٩، ح ٣٤٥٣ ما رواه ابن عمر عن رسول الله ﷺ : "لا شغار في الإسلام".

(٥) البصري، المعتمد، ١٩١/١، الباجي، الإشارة، ١٨٢، الجويني، التلخيص، ٤٩٩/١-٥٠١، الغزالي، المستصفى، ١٠١/٢. الرازي، المحصول، ٢٩٧/٢، الإسنوي، نهاية السول، ٣٠٢/٢، الكلوذاني، التمهيد، ٣٧٢/١.

(٦) الغزالي، المستصفى، ١٠٢/٢.

**الرد على الاعتراض:** إن هذا ادعاء من غير دليل؛ لأن المنقول إنه إجماع، ولم يذكر أنه إجماع بعض أمة.

٢- واعترض بأن الإجماع أقصى ما يستفاد منه، ويتمسك به هو دلالته على التحريم والمنع، ولا يستفاد منه الدلالة على الفساد[١]، ويوضح الغزالي ذلك أن النهي لغة يقتضي الزجر والمنع عن المنهي عنه وتحريمه والإثم على فاعله، وأما اقتضاء الفساد وعدم ترتب الآثار، فلا يستفاد من ذات النهي ولا من اللغة وإنما بدليل يدل على الفساد[٢].

٣- واعترض البصري على الدليل أن الصحابة فهموا الفساد من القرائن المحتفة بالأخبار وليس فقط من سماع الأخبار، حيث وردت أدلة بالنهي، ولم يفهموا فيها الفساد كبيع الحاضر لبادٍ وتلقي الركبان، فالفساد يفهم بالقرينة ولكنها لم تطلب ولم تنقل[٣].

**الرد على الاعتراضين :** إن الفصل بين دلالة النهي على التحريم ودلالته على الفساد بحاجة إلى دليل؛ لأن الارتباط بينهما ظاهر، إذ لا فائدة من التحريم إن لم يكن ذلك مفاده الفساد والبطلان، وكما أن الأصل في النهي التحريم، ولا يصرف إلى غيره إلا بقرينة، فكذلك الأصل في دلالة النهي أنها للفساد ولا تصرف إلى غيره إلا بقرينة.
واستدلال الصحابة بالنصوص على الفساد وهو الأصل، وما ورد النهي في غير معنى الفساد فذلك لدليل دلّ على الاستثناء وليس العكس، فتلقي الركبان ثبت بنفس النص ما يفيد عدم الدلالة على الفساد، فليس الفساد هو الذي يحتاج إلى القرينة، وإنما عدم الفساد بحاجة إلى قرينة، والفساد هنا بمعنى البطلان، لأن الاستدلال لمذهب الجمهور حيث يترادف عندهم اللفظان.

---

(١) الغزالي، المستصفى، ١٠٢/٢، وانظر ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ٣٩٥/١.

(٢) الغزالي، المستصفى، ١٠٢/٢. الآمدي، الإحكام، ٤١٠/٢.

(٣) البصري، المعتمد، ١٩١/١، وانظر الجويني، التلخيص، ٥٠١/١، الرازي، الحصول، ٢٩٩/٢.

٤- اعترض الرازي على الدليل بقوله إن الفساد في بعض صور النهي يجعل الحكم بعدم الفساد في الصور الأخرى تركاً للظاهر، ولكن لو كان النهي لا يقتضي الفساد، لم يكن إثبات الفساد في بعض الصور لدليل منفصل تركاً للظاهر[1].

**الرد على الاعتراض:** يجاب على كلامه، أنه لو كان عكس ما قال، بأن كانت الدلالة على الفساد هي الظاهر، فيكون عدم الدلالة على الفساد لدليل منفصل، ليس تركاً للظاهر، فأيهما أولى نص الرازي أم ضده؟ بل لِم يكون الأصل عنده هو الصحيح وعند غيره هو الباطل، بل إن الأولى في نواهي الشارع أن تفيد معنى الفساد لا عدم الفساد، فإن كانت بلا معنى مقصود، كانت عبثاً والشارع منزه عن ذلك.

**توجيه عام:**

إن الفصل بين أمرين هامين في فهم مسألة دلالة الأوامر والنواهي، وفي الآثار الشرعية ومراتبها، كان له الأثر البالغ في اختلاط الأمر أحياناً، ففي حين يرى معظم الأصوليين أن النهي للتحريم، والأمر للوجوب، ولا يصرف عنهما إلا بدليل، كان خلافهم ظاهراً في دلالة النهي على الفساد ، ومن المستغرب أن يفيد النهي التحريم ولا يفيد الفساد والبطلان بل إن الفصل بينهما تحكم من غير دليل، كما أن استثناء بعض المناهي لا يعني عدم الفساد كقاعدة وأصل، وإلا لبطل دلالته على التحريم أيضاً، وفهم الصحابة البطلان والفساد من النصوص هو الأصل وهو القاعدة التي تتوافق ومنهج التشريع ودلالة الأوامر والنواهي، وهو وإن لم يكن إجماعاً منهم، لكنه منهج التشريع ودلت عليه معانٍ عدة، وأن اللفظ يفيد الظاهر والحقيقة ولا يصرف إلى غيره إلا بقرينة، وأن الألفاظ لابد أن تكون عند الشارع ذات دلالات واضحة ومحددة تفهم عند المخاطبين لها بدون جهد، ما دامت ليست ضمن دائرة التعارض والترجيح أو الألفاظ الغامضة، بل إن معاني التحريم والوجوب لابد أن تكون محددة وواضحة، وإلا كانت نصوص الشارع غامضة، وحكمها التوقف حتى يأتي الدليل الموضح، وهو مخالف لروح التشريع، وحينئذ لا يقتضي الأمر الوجوب والصحة إلا بدليل ولا يقتضي النهي التحريم والفساد إلا بدليل، وهو ما لا يمكن وقوعه، إذ فيه تكلف ومشقة توقع المخاطب في الحرج والعجز عن التطبيق، إلا بعد

---

(١) الرازي، المحصول، ٢/٢٩٩، الأصفهاني، الكاشف، ٤/١٨٩.

البحث والاجتهاد لمن كان قادراً عليه، وهذا يفتح باباً للخلاف لا ينتهي، تبعاً لاختلاف أنظار المجتهدين، والأمر ليس كذلك فنصوص تحريم الزنا والربا واضحة وصريحة بل ودالة على البطلان أيضاً، ففي قوله تعالى في حكم الربا "وذروا" البقرة ٢٧٨، يرى القرطبي أنها تدل على وجوب فسخ صفقة الربا، وهو قول جمهور العلماء خلافاً لأبي حنيفة، وآيات تحريم الربا والأحاديث دالة على حرمته، وبطلان الزيادة فيه، كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾، البقرة ٢٧٩[١].

ويعلق الدريني على فهم الصحابة من النصوص المحرمة الدالة على البطلان، بأنها قاصرة على العبادات والنكاح، وأن سائر التصرفات الشرعية يستدل بالنهي عنها على التحريم دون الإبطال[٢]، وهذا تحكم بدون دليل؛ لأن تفسير الآيات يقتضي عدم ذلك، كآيات الربا مثلاً.

## الدليل الثالث: من القياس.

قياس النهي في الشرعيات على النهي في الحسيات، فكما أن النهي في الحسيات يقتضي القبح لعينه، فكذا النهي في الشرعيات لتماثل النهيين في الصيغة[٣].

**الاعتراض على الدليل:** أنه لا تماثل بين الحسيات والشرعيات، فالقبح في الحسيات يختلف عن القبح في الشرعيات، فلا تكون الشرعيات قبيحة لعينها وإلا لما كانت أفعالاً مشروعة، فكيف يشرع ما هو قبيح؟[٤].

الرد على الاعتراض: أن القياس بين الاثنين لا يراد به في محل القبح، وإنما يراد به دلالة النهي، وقد ثبت فساد وبطلان بعض المناهي في الشرعيات ولا يقتضي ذلك القبح لعينها، ثم إن تحديد محل القبح محل خلاف أصلاً بين الفريقين، فالقياس ما هو إلا عمل بإطلاق دلالة النهي على الفساد إلا ما خرج لدليل.

---

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٣/٣٥٨-٣٦٥.

(٢) الدريني، بحوث مقارنة، ١/٣٠٢.

(٣) ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، ١/٤٠٢، الأنصاري، فواتح الرحموت، ١/٤٠٢، وهو دليل ذكره الحنفية للخصم لم ينص عليه أصحاب القول فيما بحثت.

(٤) المراجع السابقة.

**الدليل الرابع: من المعقول.**

إن النهي هو نقيض الأمر وضده، وبما أن الأمر يدل على إجزاء المأمور به وجب أن يدل النهي على عدم إجزائه وهو الفساد، ضرورة لدلالة الأمر على الصحة، فهما متقابلان وضدان[١].

ويفصل الحنفية في هذا الدليل -وهو دليل خصومهم- بأن مقتضى مطلق الأمر شرع المأمور به، ومقتضى مطلق النهي ضده، وهو انعدام كون المنهي عنه مشروعاً[٢].

**الاعتراض على الدليل:**

اعترض على هذا الدليل من وجوه هي:

١- أنه لا تلازم بين مفهوم الضدية في الأمر والنهي، والضدية في الدلالة، فإن كان الأمر يدل على الصحة أو الإجزاء، فلا يعني ذلك، ولا يستلزم من الضدية أن يدل النهي على الفساد، بل يكفي أن يدل على عدم الإجزاء وعدم الصحة[٣].

٢- وليس من ضرورة مفهوم الضدية ، أن يتضادا في الدلالة لإمكان اشتراك المتضادين في لازم واحد، ولو لم يكن إلا الضدية بينهما لكان كافياً[٤]، وأثبت القرافي إمكانية اشتراك المتضادات في لوازم بشواهد من اللغة والنحو، حيث إن كلمة "لا النافية"

---

(١) البصري، المعتمد، ١٨٧/١، السمعاني، القواطع، ٢٣٧، الرازي، المحصول، ٢٩٧/٢، الآمدي، الإحكام، ٤٠٩/٢، القرافي، نفائس الأصول، ١٧٦٨/٤ اعترض القرافي في النفائس على عبارة الرازي في المحصول إذ استخدم كلمة النقيض والأولى أن يقول الضد، لأن كليهما (الامر والنهي) ثبوتيان وأن النقيضين أحدهما ثبوتي والآخر عدمي، فالفساد ليس نقيض الإجزاء؛ لأنه أمر ثبوتي، وكثيراً ما يستعمل أحدهما في الآخر واستخدم الآمدي عبارة المتقابلات.

(٢) السرخسي، أصول السرخسي، ٨٢/٢، البخاري، كشف الأسرار، ٣٨١/١، الأنصاري، فواتح الرحموت، ٣٣٧/١.

(٣) الرازي، المحصول، ٢٩٩/٢، الآمدي، الإحكام، ٤١٠/٤، الأصفهاني، الكاشف، ١٨٩/٤، ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ٣٩٥/١.

(٤) الرازي، المحصول، ٢٩٩/٢، الأصفهاني، الكاشف، ١٨٩/٤.

تعمل عمل "إن المثبتة" من حيث الإعراب بنصب المضاف، وهي ضدها في المعنى، فالأولى نافية والثانية مثبتة[١].

**الرد على الاعتراض:**

إن مفهوم الضدية، يفيد التضاد في المعنى وما يُتممه أو ما هو من توابع المعنى، فالأمر طلب فعل والنهي طلب كف، وهذا تضاد في المعنى، وليستقيم معنى الضدية لا بد أن يكون الطلب صحيحاً في الأمر، والفعل باطلاً في النهي، إذ لا ينفصل معنى التحريم عن معنى الإبطال، وإلا لا فائدة منه، وأمّا أن يشترك الأضداد في لوازم فهذا يصدق في اللوازم البعيدة عن المعنى، كالإعراب مثلاً.

**الدليل الخامس: من المعقول.**

إن حكمة الناهي تقتضي قبح المنهي عنه لعينه، والقبيح لا يترتب عليه ثمرات بل هو معصية، ولا يكون مشروعاً، ولا يمكن اجتماع النهي والمشروعية، وأدنى درجات المشروعية الإباحة، ولا يمكن أن يكون المنهي عنه مباحاً، وعلى هذا لزم أن يقتضي النهي الفساد في العبادات، والعقود، والأنكحة، والتي تقع على غير الوجه المشروع، حيث تكون باطلة وعدماً[٢].

**الاعتراض على الدليل:**

اعترض الغزالي على الدليل وأنه لا يمكن اجتماع النهي والمشروعية بأن ذلك ممكن عند الغزالي ولكن ليس بمعنى الإباحة، بل محال أن يجتمع معنى النهي والإباحة، وإنما المشروعية يقصد بها علامة الملك أو الحل أو الحكم وهو محل النزاع، وهذا غير

---

(١) القرافي، نفائس الأصول، ١٧٦٨/٤.

(٢) السمعاني، قواطع الأدلة، ٢٣٥-٢٣٦، الغزالي، المستصفى، ١٠١/٢، السرخسي، أصول السرخسي، ٨٢/١، البخاري، كشف الأسرار، ٣٨٢/١، الأنصاري، فواتح الرحموت، ٣٧٧/١.

مستحيل بدليل وقوعه في كثير من الأمثلة، كالطلاق في الحيض ينصب سببا للفراق، والصلاة في الدار المغصوبة تبرأ الذمة بها ويسقط الفرض[١].

**الرد على الاعتراض:** إن تفسير الغزالي للمشروعية غير سليم، فإن الملك دليل الإباحة، ومعنى المشروعية لا يقتصر على حكم الفعل فقط بل يشمل حكم النتائج أيضاً، ويعتبر العلائي أن المراد بالمشروعية أعم مما قاله الغزالي، وهي كل ما رتب عليه الشارع من آثار، فالصحة والفساد من تصرفات الشارع، ومن الآثار المترتبة على الفعل، والمنهي عنه ليس مشروعاً فلا يترتب عليه آثار[٢].

والنهي لا يمكن أن يجتمع مع المشروعية، وما يحاول الخصم إثباته من خلال الأمثلة، مردود وغير صحيح؛ لأن الأمثلة من المستثنيات التي لا يصح البناء عليها، كما أن الدليل هنا لإثبات أصل دلالة النهي وذلك من خلال بيان الحكمة من النهي وهي القبح، فلا يمكن اجتماعه مع المشروعية لئلا يخلو كلام الشارع عن معنى، ولا يكون متناقضاً ولله المثل الأعلى، وإن ثبتت بعض آثار في مسائل بعينها، فلا يعني ذلك أن كل المناهي كذلك، وإلا ما فائدة النهي إذن؟!

## الدليل السادس: من المعقول.

استدل الرازي لخصمه بميزان المصالح والمفاسد، فالنهي لا يجوز أن يكون منشأ المصلحة الخالصة أو الراجحة، وإلا لكان النهي منعاً لها، فيبقى الاحتمال أن يكون منشأ المفسدة الخالصة أو الراجحة أو المساوية، وعلى التقديرين الأوليين وجب الحكم بالفساد، لأن الحكم بالفساد سعيٌ في إعدام المفسدة، ولا يجوز أن يدل على غير ذلك، لأنه لا يفيد حكماً بل هو عبث والشارع منزه عن العبث، وعلى التقدير الثالث وهو التساوي، فالعبث قائم أيضاً إذ لا فائدة من الحكم مع مفسدة مساوية، فوجب القول بالفساد دفعاً لمحذور العبث[٣].

---

(١) الغزالي، المستصفى، ٢/١٠١.

(٢) العلائي، تحقيق المراد، ٣٤٦.

(٣) الرازي، المحصول، ٢/٢٩٦-٢٩٧، وانظر ابن قدامة، روضة الناظر، ٢/٦٥٦.

**الاعتراض على الدليل:**

اعترض الرازي على هذا الدليل الذي نسبه لخصومه، ثـم ضعفّـه بأدلـة السـنة والإجماع سالفة الذكر، والتي في حقيقتها ليست معارضة لما طرحه الرازي بـل متفقـة معه، وقال العلائي: "إن الرازي أورد الدليل لمن يقول بالفساد –وهو مذهب خصمه– على درجة المعارضة ولم يعترض عليه"[١].

واعترض الأرموي على الدليل –فيما ينقله القرافي عنه– بأن اشتمال الفعل علـى المفسدة لا يمنع كونه مفيداً للحكم، فالزنا سبب للرجم، والحرابة سبب للقتل، والسرقة سبب للقطع، فالسبب الشرعي ليس من شرطه أن يكون مشروعاً ومأذوناً في مباشرته، فـترتب الأحكام على المنهي عنه وجعلها أسباباً يدل على أن النهي لا يستلزم الفساد[٢].

**الرد على الاعتراض:** إن الاعتراض ضعيف ومردود؛ لأن هناك فرقاً بين أحكـام شرعية يرتبها الشارع على المنهيات تشديداً وزجراً للمنهي وبين ثمرات وآثار ما أباحـه الشارع وأوجبه بين المشروعات، فارتباط الأسباب بمسبباتها لا خلاف فيه، ولكن الخلاف أن تكون المسببات مشروعة كثمرة أو نعمة أو كرامة لالتزام طاعة ثم تصبح نعمة وثمرة مع المعاصي والنواهي أما العقوبات والزواجر فهي ليست نعماً وإنما جزاء؟ وهـذا مـا يؤكده القرافي والعلائي فالحكم المترتب على الفعل المحرم قد يكون حكمـاً فـي أصـل الشرع على التحريم، والفعل المأذون فيه سبب في الشرع لحكم، وإذا وقع محرمـاً فـهو سبب لحكم آخر وهي ليست محلاً للخلاف، فالنزاع في الفعل المأذون فيه إذا وقع علـى وجه محرم كالبيع الفاسد والنكاح الفاسد، وفي الآثار والأحكام المترتبة عليه[٣].

---

(١) العلائي، تحقيق المراد، ٣٣٨.

(٢) القرافي، نفائس الأصول، ١٧٦٩/٤، نقله عن الأرموي صاحب الحاصل.

(٣) المرجع السابق وانظر العلائي، تحقيق المراد، ٣٤٤.

## المطلب الثاني: أدلة القائلين بدلالة النهي على الفساد في العبادات دون المعاملات:

يشترك أصحاب هذا القول مع القائلين بدلالة النهي على الفساد مطلقاً في الأدلة الدالة على الفساد، إلا أن أصحاب هذا القول يكيفون معنى الأدلة على فساد العبادة فقط ويفرقون بينها وبين المعاملة من خلال الأمور التالية:

١- إن العبادة مأمور بها فلا تكون منهيا عنها، للتضاد بين الأمر والنهي فالمكلف الذي أتى بالفعل المنهي عنه لم يأت بما أمر به، فلم يخرج عن العهدة[١].

٢- إن العبادة قربة وطاعة، وارتكاب النهي فيها معصية، والمعاملات ليست قربة، فلا يناقضها ارتكاب المنهي، كقوله لا تبع وقت النداء، فإن فعل أفاد البيع الملك، وإن فساد المعاملات يضر بالناس لأنه يفضي إلى قطع معايش الناس أو تقليلها، فراعى الشرع مصلحتهم بتصحيحها، وعليهم إثم ارتكاب النهي، والصحة مع الإثم لا يتنافيان[٢].

٣- إن التكليف في العبادة لا يسقط بفعل المنهي عنه، لأن المنهي عنه لم يتناوله التعبد، فالتعبد يتناول ماله صفة زائدة على حُسنه، والنهي يتناول ما ليس بحسن، فلو أمرنا الشارع بالصلاة، ثم نهانا عن الصلاة بدون طهارة، فإنها تكون قبيحة وغير حسنة[٣]، أما المعاملات فأمر التعبد فيها غير قائم.

واستدل البصري على عدم فساد المعاملات بأدلة القائلين بعدم دلالة النهي على الفساد وخصّها في المعاملات، وأن النهي فيها قد يدل على الكراهة فقط دون إبطال المعاملة[٤].

---

[١] الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٢/٤٣٣-٤٣٤، ابن عبد الشكور، مسلم الثبوت، ١/٣٩٧، البغا، درء المفسدة، ٧٢.

[٢] المرجعين الأولين السابقين وانظر الأنصاري، فواتح الرحموت، ١/٣٩٧.

[٣] البصري، المعتمد، ١/١٨٥.

[٤] المرجع السابق، ١/١٨٩-١٩٠.

**الرد على ما سبق:** أصحاب هذا القول استفادوا من أدلة الفريقين فما دلّ على الفساد خصّوه بالعبادة وما لم يدل على الفساد قصروه على المعاملة، مفرقين بينهما من جهة التعبد، والحق أن الأوامر والنواهي لا فرق في دلائلها بين عبادة ومعاملة، فلا بد أن تكون ذات دلالة واحدة ومعنى واضح، أما أن هناك فرقاً بين العبادة والمعاملة فهذا أمر آخر، لا يؤثر على ثبات دلالات الأصول، فقد يكثر في العبادة النهي للتحريم وقد يكثر في المعاملة النهي للكراهة بدليل، ولكن أن تختلف دلالة النهي على الفساد بين المعاملة والعبادة فهذا غير منضبط. كما أن هذا يخالف إجماع الصحابة في الاستدلال على فساد العقود أيضاً بالنهي(١).

---

(١) الفراء، العدة، ٢/٤٤٤.

# المبحث الثالث

## آراء الأصوليين وأدلتهم في دلالة المنهي عنه لمجاور

اختلفت أقوال العلماء في هذه المسألة على النحو التالي:

**القول الأول:** أن النهي لا يقتضي الفساد إذا كان لمجاور. وهو قول جمهور العلماء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣]، وهو قول لبعض الحنابلة[٤].

**القول الثاني:** أن النهي لمجاور يقتضي الفساد المرادف للبطلان في العبادات دون المعاملات وهو قول البصري[٥]. وهو مستفاد من خلال الأمثلة التي ذكرها، إذ دلّ ذلك أن هذه قاعدة عنده في كل أنواع المنهي عنه.

**القول الثالث:** أن النهي يقتضي الفساد المرادف للبطلان إذا كان لمجاور وهو المنسوب للإمام أحمد وأكثر أصحابه[٦]، وقيل هو الصحيح من مذهبه[٧]، وقول أهل الظاهر[٨] والجبائي وابنه[٩].

---

(١) ابن نجيم، فتح الغفار، ٧٨/١، صدر الشريعة، التوضيح، ٢١٥/١.

(٢) ابن العربي، المحصول، ص ٧١، التلمساني، مفتاح الوصول، ٤٢٣، الشاطبي، الموافقات، ٢٦٠/١-٢٦٣.

(٣) الإسنوي، نهاية السول، ٣٠٣/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٩/٢، القرافي، نفائس الأصول، ١٧٧٢/٤، النووي، روضة الطالبين، ٧٨/٣، الرافعي، العزيز، ١٢٦/٤.

(٤) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٤٣١/٢.

(٥) البصري، المعتمد، ١٨٤/١.

(٦) الفراء، العدة، ٤٤٦/٢، ابن النجار، الكوكب المنير، ٩٤/٣.

(٧) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٤٤٠/٢.

(٨) ابن حزم، الإحكام، ٦٠/٣.

(٩) البخاري، كشف الأسرار، ٤١٠/١، الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٩/٢.

## المطلب الأول: تفصيل الآراء السابقة:

**الحنفية**: يصرح متأخرو الحنفية أن النهي لا يقتضي الفساد إذا كان لمجاور، ويشتمل ذلك النهي في الحسيات والشرعيات[١]، وعند الرهاوي إذا كان النهي فيه للكراهة دون الفساد فهو صحيح مكروه[٢].

**المالكية**: لم يصرح أصوليو المالكية بهذا النوع، وإنما يفهم ذلك من عباراتهم، كقول ابن العربي أن النهي لمعنى في غير المنهي عنه، مختلف فيه، إلا أن الأغلب فيه أنه لا يدل على الفساد[٣]، والغير هنا عند ابن العربي تشمل المنهي عنه لمجاور ونسب القرافي إليهم القول بالفساد لأصل النهي عن الوصف في مسائل دون مسائل[٤]، وذكر مسائل الوصف المجاور، فيفهم من عموم الإطلاق أن الوصف يشتمل الاثنين المجاور واللازم.

وكلام التلمساني يدل على مذهب المالكية في النوع الثاني عنده، وهو المنهي عنه لحق العبد، كنهي النبي ﷺ عن التصرية، فالنهي فيها لا يقتضي الفساد[٥].

أما الشاطبي في الموافقات، فقد دلت مستثنيات الفساد عنده أن النهي لوصف منفك كالصلاة في الدار المغصوبة لا يدل على الفساد[٦].

وفي الفقه يصرّح العدوي بذلك، حيث قسم النهي إلى أنواع منها النهي لخارج غير لازم كالصلاة في الأرض المغصوبة فلا يدل على الفساد[٧].

---

(١) ابن نجيم، فتح الغفار، ٧٨/١، صدر الشريعة، التوضيح، ٢١٥/١، المطيعي، سلم الوصول، ٢٩٦/٢، وانظر في معناه، السمرقندي، ميزان الأصول، ٢٣١، الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٩/٢، ابن النجار، الكوكب المنير، ٩٣/٣.

(٢) الرهاوي، حاشية الرهاوي، ٢٦٦.

(٣) ابن العربي، المحصول، ٧١.

(٤) القرافي، الفروق، الفرق السبعون، ٨٢/٢.

(٥) التلمساني، مفتاح الوصول، ٤٢٣.

(٦) الشاطبي، الموافقات، ٢٦٠/١-٢٦٣.

(٧) العدوي، حاشية العدوي مع الخرشي، ٣٧٨/٥.

فيكون مجموع كلام الأصوليين مع الفقهاء أن النهي لمجاور مسألة خلافية، الراجح فيها أنها لا تدل على الفساد، ومما يؤكد أنها خلافية ما ينسبه بعض الأصوليين كالبخاري والآمدي وابن النجار للمالكية من القول بفساد المنهي لمجاور[١].

**الشافعية:** يصرح ابن قاسم العبادي بحكم المنهي عنه لوصف مجاور بقوله: "إن كل تصرف نهي عنه لأمر يجاوره أو يقارنه مع توفر شرائطه وأركانه صحيح، وكل تصرف نهي عنه ولم يُعلم لماذا نهي عنه؟ فهو باطل حملاً للفظ النهي على الحقيقة"[٢]. ويرجح الشافعية في مسائل المنهي عنه لمجاور كالبيع وقت النداء وبيع الحاضر لبادٍ، والصلاة في الدار المغصوبة الصحة، سواء في العبادات أو في العقود[٣]، وما نقله القرافي عن تقسيم الغزالي لأنواع المنهي عنه وتقسيم الرازي، أفاد أن المنهي عنه لخارج أو كما عبّر لغيره فإنه لا يقتضي الفساد[٤]، وهذا تصريح على صحة المنهي عنه.

وعند الفقهاء تتضح المسألة أكثر، ونجد تصريحاتهم محددة، حيث يعدّدون أنواع المنهي عنه، إلى ما يرجع إلى ذات المنهي عنه، وإلى ما كان النهي لأمر خارج، والثاني لا يدل على الفساد كالبيع وقت النداء، وبيع الحاضر لباد، وتلقي الركبان، والسوم على سوم أخيه، فالبيع صحيح مع النهي الذي ورد فيه، واختلفوا هل النهي للتحريم أو الكراهة[٥].

## تحقيق مذهب الحنابلة:

يصرح الأصوليون الحنابلة بدلالة النهي على الفساد مطلقاً دون تفريق بين أنواع المنهي عنه المختلفة، ومنهم من يُتبع ذلك التفريق بين المنهي عنه لمجاور وللملازم، أو بين ما هو حق لله تعالى وحق للعبد على النحو التالي:

---

(١) البخاري، كشف الأسرار، ٤١٠/١، الآمدي، الإحكام، ٤٠٧/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٩/٢، ابن النجار، الكوكب المنير، ٩٣/٣.

(٢) السبكي، الإبهاج، ٦٩/٢، الإسنوي، نهاية السول، ٣٠٣/٢، الزركشي، البحر المحيط، ٤٣٩/٢.

(٣) ابن قاسم العبادي، الآيات البينات، ٣٣٠/٢، نقلها عن ابن عبد السلام.

(٤) القرافي، نفائس الاصول، ١٧٧٢/٤.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٧٨/٣، الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ١٢٦/٤-١٣٠، ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١١٩/٢.

## أبو يعلى الفراء ت ٤٥٨هـ:

ذكر الفراء في العدة أن إطلاق النهي يقتضي الفساد في مسألة مستقلة بأدلتها[١]، ثم في موضع آخر قال "النهي إذا تعلق بمعنى في غير المنهي عنه دلّ على الفساد أيضاً"[٢]، ومثّل لها بالبيع عند النداء، والصلاة في الدار المغصوبة والثوب المغصوب، والصلاة بماء مغصوب، واستدل الفراء بالأدلة السابقة على الفساد وأنه لا فرق بين النهي لمعنى في المنهي عنه أو في غيره،وأنّ بيع الحاضر لباد نصّ الإمام أحمد على بطلانه، واختلفت الرواية في البيع على بيع أخيه، وروي عنه البطلان، أما الطلاق في الحيض فهو صحيح وإن كان منهياً عنه تغليظاً على فاعله[٣].

## الكلوذاني ت ٥١٠هـ:

تعرض الكلوذاني لمسألة النهي واقتضائه للفساد[٤]. واستدل على ذلك، بما عرضته سابقاً، وفي أثناء عرضه لأدلة الخصم قال: "إنه ثبتت وقائع منهي عنها ولم يقتض النهي فيها الفساد، كالطلاق حال الحيض والبيع وقت النداء"، وكان ردّه عليها "أنّا حكَمنا بالصحة فيها لقيام الدلالة على ذلك في الطلاق والحج وأما ما ذكروه من أمثلة فالنهي يدل فيها على الفساد"[٥]. وأضاف الكلوذاني أن النهي يقتضي التحريم والفساد فإذا دلّ الدليل على عدم الفساد بقي حقيقة النهي لبقاء حكمه من التحريم والقبح، والمجاز لا ينقل اللفظ عن جميع موجبه، وذكر الكلوذاني خلافاً في بعض صور البيوع حيث هناك من يقول بالفساد، ومنهم من يرى عدم الفساد لدليل[٦].

---

(١) الفراء، العدة، ٤٣٢/٢.

(٢) المرجع السابق، ٤٤١/٢.

(٣) المرجع السابق، ٤٤٢/٢-٤٤٧.

(٤) الكلوذاني، التمهيد، ٣٦٩/١.

(٥) المرجع السابق، ٣٧٦/١.

(٦) المرجع السابق، ٣٧٨/١-٣٨٠.

### ابن عقيل ت ٥١٣ هـ:

اعتبر ابن عقيل إطلاق النهي يقتضي الفساد[١]، ورداً على اعتراضات الخصم، في المسائل التي لا فساد فيها، قال ابن عقيل: "أما استشهادهم بالبيع وقت النداء، وغير ذلك من المسائل، فلا نسلمه، بل جميع ذلك يقتضي الفساد"[٢].

### الطوفي ت ٧١٦ هـ:

عرض الطوفي في شرحه لمختصر الروضة لابن قدامة، رأي الحنابلة بداية، ثم المختار عند ابن قدامة، حيث ابتدأ حديثه بأن النهي يقتضي الفساد مطلقاً إلا لدليل فالنهي لعينه أو لغيره في العبادات أو المعاملات يقتضي الفساد كالبيع وقت النداء ونكاح المتعة والشغار، إلا إذا دلّ الدليل على أنه لا يقتضي الفساد، كبيع الحاضر لبادٍ وتلقي الركبان والنجش، وعللّ الطوفي الأمثلة بأن النهي فيها لخارج[٣].

أما المختار عند صاحب الروضة أن النهي عن الشيء على أربعة أنواع[٤]:

١- النهي عن الشيء لذاته كالكفر والظلم والربا والشغار، يدل على الفساد بمعنى البطلان.

٢- أن النهي عن الفعل لوصف ملازم، كنكاح الكافر المسلمة، يدل على البطلان والفساد.

٣- أن النهي عن الفعل لأمر خارج لا تعلق له به عقلاً، كالنهي عن الصلاة في الدار التي فيها صنم، وعن بيع السلاح خشية أن يقطع الطريق، وعن بيع العنب خشية أن يعصره خمراً، فلا يكون النهي مبطلاً ولا مانعاً؛ لأن هذه مفاسد تعلقت بالأفعال عقلاً لكنها غير متعلقة بها شرعاً.

---

(١) ابن عقيل، الواضح، ٣/٢٤٢.

(٢) المرجع السابق، ٣/٢٥٠.

(٣) الطوفي، شرح مختصر الروضة، ٢/٤٣١-٤٣٢.

(٤) المرجع السابق، ٢/٤٣٩-٤٤٠.

٤- أن النهي عن الفعل لوصف له غير لازم، ففيه تردد، فكونه وصف فهذا يقتضي البطلان وكونه غير لازم فهذا لا يقتضي البطلان وهو أولى، ومثاله البيع وقت النداء فالأولى في العقد الصحة، والصحيح من مذهب أحمد أنه لا يصح.

والطوفي بهذا التفصيل يضيف قسماً وهو المنهي عنه سداً للذريعة والذي فصله ابن تيمية فيما بعد، ويظهر جلياً من كلامه أن خلاف الحنابلة في أحكام المسائل الفقهية ورّث خلافاً في حكم المنهي عنه لمجاور.

## ابن تيمية ت ٧٢٨ هـ:

أطلق ابن تيمية القول أن النهي يقتضي الفساد الراجح على المصلحة، ثم قسم المنهيات بحسب نوع الحق إلى نوعين:

- ما كان حقاً لله كنكاح المحرمات والمطلقة ثلاثاً وبيع الربا، فهو فاسد.
- ما كان حقاً لآدمي كالنجش والخطبة على الخطبة، فالشارع صحح الفعل ولكن جعله غير لازم، فلو علم المشتري أن صاحب السلعة ينجش، ورضي بذلك جاز، والمخطوبة إذا أذن الخاطب الأول فيها جاز(١).

ولقد نهى الشارع عن بعض البيوع لما فيها من ظلم أحد الطرفين للآخر كبيع المصراة وتلقي السلع والنجش ولكن لم يجعل الشارع هذه البيوع لازمة، بل جعلها غير لازمة والخيرة للمظلوم فيها. وهذا العقد موقوف وكثير من العلماء يقولون بوقف العقود(٢).

ويرى ابن تيمية أن في هذا النوع اختلف الناس فيه بين الفساد وعدم الفساد، ويلحق بها الصلاة في الدار المغصوبة، والذبح بسكين مغصوب فهي صحيحة، ويبقى عليه، إثم الظلم ما ينقص من قدر صلاته، ولكن تبرأ ذمته وليس كمن صلّى صلاة تامة، وتحل ذبيحته(٣).

---

(١) ابن تيمية، الفتاوي، ١٥٨/٢٩.

(٢) المرجع السابق، ١٥٧/٢٩.

(٣) المرجع السابق، ١٥٨/٢٩.

ويرفض ابن تيمية تعليل العلماء لبعض المنهيات، أن النهي لمعنى في غير المنهي عنه، إلا أن يقصد به أن المنهي عنه مشترك بين الصلاة وغيرها، فليس البيع وحده شاغلاً عن الصلاة، بل المنهي عنه كل ما يشغل عن الصلاة.

وأن العديد من الأمثلة لا يصح ما عللّوه فيها، أنها لمعنى في غير المنهي عنه ولا يمكن تفسيرها على معنى مشترك كالبيع وقت النداء، والطلاق في الحيض فإن التحريم فيه لإطالة العدة، وذلك خارج عن الطلاق، بل إن كثيراً من المناهي حرّمت سداً للذريعة كتحريم الخمر والميسر، والجمع بين الأختين. ولا يوجد نهي لمعنى في غير المنهي وإلا كان النهي عقوبة على الإنسان بذنب غيره(١).

ففهم ابن تيمية أن لكل محرم ومنهي عنه علة لتحريمه والتي من أجلها كان التحريم سواء المنهي عنه لعينة أو المنهي عنه لغيره، ولأن الشارع الحكيم لا ينهى بدون علة، فتكون حكمة جميع المناهي سد ذريعة الفساد الذي تؤدي إليه.

وختم ابن تيمية حديثه بتقسيم جديد لمحل النهي:

١- أن يكون النهي لمعنى يختص بالعبادة والعقد، كنهي المحرم عما يختص في إحرامه من حلق الرأس ولبس العمامة.

٢- أو أن يكون لمعنى مشترك بينها وبين غيرها، كنهي المحرم عن الزنا فهذا لا يختص في الإحرام فقط، والنهي عن الصلاة بالحرير وهو لا يختص بالصلاة فقط، وهذا النوع يكون النهي فيه أعظم، وألحق به ابن تيمية البيع وقت النداء. واعتبر النهي فيه لحق الله تعالى(٢).

وفي هذا حدد ابن تيمية صور إبطال المناهي، فإن كانت حقاً لله بطلت، وإن كانت حقاً للعبد فهي غير لازمة، وبيّن أنّ ما اشتمل على معنى مشترك يكون حقاً لله تعالى، ولكن الإمام في المنهي عنه سداً للذريعة جمع أمثلة متعددة من المحرمات التي تبطل والتي يصحح وقوعها، دون أن يفصل بينها، ولعله أوردها رفضاً للتعليل بأنها لمعنى في غير المنهي عنه، فهو تعليل غير منضبط، كتعليل الحنفية بأنه وصف لازم، فهو مردود

---

(١) ابن تيمية، الفتاوي، ١٥٩/٢٩.

(٢) المرجع السابق، ٢٩/١٦٠-١٦١.

بأمثلة كثيرة حكمها البطلان والوصف فيها لازم. والأصل عند ابن تيمية أن النهي للفساد، ودعمّه بالأدلة المذكورة، لأن الشارع لا يحب الفساد، ولا ينهي إلا عمّا لا يحبه مما هو فاسد.

وأضاف ابن تيمية في المسألة أمراً جديداً بمثابة مخرج من القول بالعقد الفاسد وهو اعتماد العقدالموقوف غير اللازم في صور البيوع المنهي عنها، رفعاً للظلم عن أحد الأطراف وهو خيرٌ من أن نثبت فيها ملكاً، بل اعتبر الملك حاصلاً بمعصية ومخالفة لله تعالى فلا يصح عنده وفي موضع آخر أوجب الضمان في المقبوض بعقد فاسد لأنه مقبوض بإذن[١].

**ابن رجب الحنبلي ت ٧٩٥ هـ:**

اهتم ابن رجب بمسائل العبادات المنهي عنها وقسمها إلى أنواع:

١- إذا كان النهي راجعاً إلى ذات العبادة أو شرطها الذي يختص بها فهي محرمة، ومثال الأول صوم يوم العيد، والصلاة في الأوقات المنهي عنها، ومثال الثاني الصلاة بالنجاسة وبدون ستر العورة.

٢- إذا كان النهي يرجع إلى شرط في العبادة لا يختص بها، كالوضوء بماء مغصوب، فروايتان في المذهب والأشهر عدم الصحة.

٣- إذا كان النهي يرجع إلى ما ليس شرطاً في العبادة، مثالها الوضوء من إناء محرم، فراويتان في المذهب والأكثرون على الصحة[٢].

بهذا يكون الأمر جلياً بأن الحنابلة اختلفوا في حكم هذه المسائل، بل وفي طريقة التمييز بينها، في حين يجمع الجمهور –الطرف المقابل للحنابلة- بين جميع هذه الأمثلة ويعتبرونها من المنهي عنه لمجاور وهو صحيح مكروه، باستثناء النوع الأول عند ابن رجب.

---

(١) ابن تيمية، الفتاوي، ٢٩/٢٢٣.

(٢) ابن رجب، القواعد، القاعدة التاسعة، ١١.

### ابن اللحام ت ٨٠٩ هـ:

ينص ابن اللحام على أن كل ما كان منهياً عنه لعينه أو لوصفه فهو فاسد وباطل، وما خرج من مسائل فهو للدليل فيها[١]، ولم يتعرض لحكم الوصف المجاور، إلا أنه ذكر في موضع آخر أن إطلاق النهي يدل على الفساد[٢].

### ابن النجار ت ٨٧٢ هـ:

يفرق ابن النجار بين المنهي عنه لعينه والذي يقتضي الفساد، والمنهي عنه لوصف ملازم وهو يقتضي الفساد أيضاً، والمنهي عنه لمعنى في غيره والذي اختار أنه يقتضي الفساد في مذهب أحمد، ثم فصّل في النوع الأخير وقسمه إلى نوعين، ما هو لحق الله تعالى، وما هو لحق العبد كتلقي الركبان والنجش وهو أن يزيد في السلعة لا يريد شراءها، ليغُرّ المشتري، وسوم الرجل على سوم أخيه، وخطبته على خطبة أخيه، والتصرية، فإن العقد يصح عند الحنابلة، وهو رأي ابن مفلح أيضاً[٣]. ولم يذكر أمثلة على ما هو حق لله تعالى ولكن يصدق عليه ما ذكر أنه يقتضي الفساد، كالبيع وقت النداء، والوضوء بماء مغصوب.

أخلص مما سبق أن للحنابلة قولين في مسألة المنهي عنه لمجاور، أو كما يقول الحنابلة لمعنى في غير المنهي عنه، فمنهم من يرى النهي للفساد بإطلاقه وهو منسوب للإمام أحمد، ومنهم من يفرق بين ما هو لحق الله تعالى فيقتضي الفساد، وما هو لحق الآدمي فلا يقتضي الفساد، بل يفقد العقد صفة اللزوم، واختلفوا أيضاً في تطبيق الأمثلة على حق الله تعالى وحق العبد، وعلى هذا درج فقهاء الحنابلة أيضاً[٤].

---

(١) اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، ١٥٢.

(٢) المرجع السابق، ٢٦١.

(٣) ابن النجار، الكوكب المنير، ٣/٩٤-٩٦.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٣/١٨٠-١٨٣، ابن قدامة، المغني، ٦/٣٠٥-٣١٠.

## المطلب الثاني: أدلة العلماء في المنهي عنه لمجاور:

استدل القائلون بالفساد، بعموم الأدلة السابقة كحديث رسول الله ﷺ، والإجماع وغيرها، فهي عندهم للعموم على الفساد ولا يخصص بعض المناهي في الدلالة على عدم الفساد، وهو ما درج عليه الحنابلة(١).

أما الفريق القائل بعدم الفساد، فقد استدلوا بإجماع السلف على أنهم ما أمروا الظلمة بقضاء الصلاة المؤداة في الدور المغصوبة مع كثرة وقوعها، ولو قال السيد لعبده خط هذا الثوب ولا تدخل هذه الدار، فإن ارتكبت النهي عاقبتك، وإن امتثلت أعتقتك، فخاط الثوب ودخل الدار، فيصح أن يعاقبه السيد وأن يعتقه، حيث أطاع بالخياطة وعصى بالدخول(٢).

واستدلال العلماء بصحة الصلاة في الدار المغصوبة ليس محلاً للخلاف، إذ يرجح كثير من الحنابلة صحة الصلاة في الدار المغصوبة، بل إن ابن عقيل، يرى أن النهي يقتضي الفساد إلا لدليل، ولا يقدح هذا في المعنى الحقيقي للنهي، ولا يصبح النهي مجازاً، فإن النهي بالدليل لا ينتقل عن جميع موجبه، وإنما انتقل عن بعض موجبه، فصار كالعموم الذي إذا خرج بعضه، بقي حقيقة فيما بقي(٣).

والحق أن الخلاف في المسألة لم يكن واسعاً لأن كثيراً من الحنابلة صحح بعض العقود المنهي عنها للدليل، وما تبقى وقع الخلاف فيه أيضاً وكانت الحصيلة الناتجة من الخلاف ليست كبيرة.

---

(١) الفراء، العدة، ٢/٤٤٢-٤٤٧.

(٢) البخاري، كشف الأسرار، ١/٤١٠.

(٣) ابن عقيل، الواضح، ٣/٢٥٠.

# المبحث الرابع

# مذاهب جمهور الفقهاء في ترادف البطلان والفساد في العبادات والنكاح والمعاملات

الغاية من هذا المبحث، إبراز مدى الالتزام الذي اتبعه فقهاء الجمهور في تطبيقهم مبدأ الترادف بين البطلان والفساد في أبواب العبادات والنكاح والمعاملات، علماً أن الفصل الخامس من هذه الرسالة مخصص للتطبيقات الفقهية، لذا سأقتصر على بيان مواطن الاتفاق والاختلاف، ومدى الالتزام فيها مع التمثيل الفقهي الموجز، وعرض أسباب البطلان وآثاره، وإثبات الترادف بين البطلان والفساد وبيان حالات الاستثناء فيها.

واهتمام الفقهاء بموضوع البطلان والفساد يظهر في التطبيق الفقهي والتعليلات والأدلة التي يسوقونها على الآراء المتبعة فيها، ولم يكن في الأمر دراسة مستفيضة وآراء مستقلة مخالفة لمنهاج الأصوليين، بل هو التتابع والتناسق، ومحاولة الربط الأصولي مع الجانب الفقهي، لبيان مدى تأثير الخلاف الأصولي في الأبواب الفقهية، وحجم المسائل الفقهية المبتناة عليه، وإجراء الموازنة العقلية بين حجم المسألة أصولياً وتأثيرها فقهياً.

ويتضمن المبحث الرابع المطالب التالية:

**المطلب الأول: باب العبادات.**

**المطلب الثاني: باب النكاح.**

**المطلب الثالث: المعاملات.**

## المطلب الأول: باب العبادات.

يتكرر عند جمهور الفقهاء عبارة خرج بالدليل، واستثنى بالدليل، وتكونت مسائل مستثناة لم يترادف فيها الفساد بالبطلان عند الجمهور، وأبرز الأمثلة في باب العبادات مسألة الجماع في الحج، والتي يحكم فيها بإتمام الحج مع الفساد على أن يقضي في العام القادم، وذلك إذا تم الجماع في أزمنة محددة بالحج،واتفقوا على القضاء في بعضها، واختلفوا في البعض الآخر، فمثلاً اتفقوا على أن من جامع قبل الوقوف بعرفة فحجه فاسد، وعليه المضي فيه، والقضاء والفدية(١).

وهذه المسألة الشهيرة التي تناقلتها كتب القواعد الفقهية، واعتبرت الحكم فيها، قولاً بالفساد، وأن الفساد فيها لم يرادف البطلان وهي مستثناة من القاعدة، والسبب في ذلك مردّه إلى الدليل(٢). وهو قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾، البقرة ١٩٦، حيث فسر القرطبي معنى الإتمام في الآية، أن من أحرم بنسك وجب عليه المضي فيه ولا يفسخه(٣).

ويعلق الإسنوي على الحج الفاسد أن دلالته واضحة على أن هناك فرقا بين الباطل والفاسد، حيث يُبطل الشافعية الحج بالردة ويفسدونه بالجماع، وحكم الباطل عدم جواز المضي فيه، وحكم الفاسد وجوب المضي، على خلاف بينهم هل ينعقد صحيحاً أم فاسداً(٤)؟

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٣٦٣/٢، الحطاب، مواهب الجليل، ٢٢٤٢/٤، النووي، روضة الطالبين، ٤١٤/٢، البهوتي، كشاف القناع، ٥١٥/٢.

(٢) ابن اللحام، القواعد، ١٥٢، والدليل في المسألة ما روي يزيد بن نعيم الأسلمي التابعي أن رجلاً جامع امرأته وهما محرمان، فسأل رسول الله ﷺ. فقال لهما: "اقضيا نسكاً واهديا هدياً"، رواه البيهقي، السنن الكبرى، ٢٧٢/٥، ح٩٧٧٨، وروى مجموعة من الروايات ح (٩٧٧٩)-ح(٩٧٨٩)، مفادها وجوب إتمام النسك، وهي أدلة دالة على إتمام الحج الفاسد بالجماع.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٣٦٥/٢.

(٤) الإسنوي، التمهيد، ٥٩، الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ١٤٣/٢، الحصني، القواعد، ٢١٨/٢.

ونقل الزركشي عن الشافعي أنّه ليس شيءٌ يُمضي في فاسده إلا الحج، فمن أفسد صلاة أو صوماً أو طوافاً ومضى فيه لم يجزه وكان عاصياً، ثم نقل الزركشي تعليل ذلك عند الشافعي من وجهين:

١- أن الحج لا يخرج منه بالقول، فلم يجز أن يخرج منه بالفعل بخلاف الصوم والصلاة.

٢- أن الحج لما جاز أن ينعقد مع ما يضاده، وهو إذا أحرم مجامعاً انعقد إحرامه فاسداً، فلهذا لم يخرج منه بالفساد، بخلاف الصوم والصلاة فإنه لا ينعقد مع ما يضاده، فلهذا يخرج منه بالفساد[١].

ويستدرك الزركشي على حصر العلماء عدم ترادف البطلان والفساد، في مسائل محددة وهي الحج والعارية والكتابة والخلع[٢]، ونقل أن عدم الترادف يمتد ليشمل الوكالة والإجارة والجزية والعتق[٣].

وفيما يخص العبادات أضاف الزركشي مسألة الصوم وصلاة شدة الخوف والتحريم في الصلاة قبل وقتها، فعدم الترادف ليس قاصراً على مسألة الحج الفاسد، بل يشمل من أفسد صومه، لزمه الإمساك، فلا يجوز له تناول شيء من المفطرات، ومن اضطر في صلاة شدة الخوف إلى الأفعال الكثيرة عذر في الأصح، ونقل عن الإمام أن صلاته تبطل ويمضي فيها ويعيد، ومن أحرم في صلاته قبل وقتها فإنها فاسدة وتنعقد نفلاً[٤].

ويعلل بعض الشافعية عدم التناقض في استثناء المسائل من القاعدة القاضية بالترادف، بأنها أشبهت العموم والخصوص، فإن كان للفعل عموم وخصوص، وبطل الخصوص، فقد لا يعم العموم[٥]، فالعام الذي خص منه البعض، يبقى على حقيقته فيما بعد التخصيص، ولا يقدح التخصيص في كونه على الحقيقة فيما بقي فيه من أفراد[٦]،

---

(١) الزركشي، المنثور ١٥٢/٢.

(٢) الزركشي، المنثور، ١٥١/٢-١٥٢. وانظر الإسنوي، التمهيد، ٥٩.

(٣) المرجع السابق الأول، ١٤٤/٢.

(٤) الزركشي، المنثور، ١٥١/٢-١٥٢.

(٥) الزركشي، البحر المحيط، ٣٢٤/١، محقق الكاشف، الكاشف على المحصول، ٢٧٩/١.

(٦) العطار، حاشية العطار، ٥٠٢/٢.

وهكذا استثناء بعض المسائل لا يقدح في صحة القول بأن النهي يقتضي الفساد المرادف للبطلان.

والمتتبع لآراء الفقهاء في المسائل الفقهية المستثناة وغيرها من مسائل العبادات يتكون لديه التصور التالي:

١- أنهم يعللون سبب الاستثناء والخروج عن القاعدة بالدليل الدال على ذلك ووجود الدليل، مقدمٌ على قواعد الأصول، وثبت بالدليل الاستمرار في صورة العبادة الفاسدة كالحج الفاسد، مع عدم صحة العبادة، وعلته التغليظ والعقوبة على الفاعل لانتهاكه حرمة الإحرام، واحتراماً للنسك والمكان الذي وصل إليه وستراً على الجاني، وهذا يقتضي الاستمرار مع الجماعة، تماماً كمن أفسد صوم يومه، فعليه الاستمرار مع القضاء، احتراماً للشهر الفضيل، ومثل هذا في أمر العبادات قليل، ولا يفهم منه صورة الفساد على وفق منهج الحنفية، بل العبادة باطلة تستلزم القضاء، وعوقب مرتكب المعصية بالاستمرار بالنسك، وهي حالة لا تعني فساداً.

٢- أن الأمثلة التي يذكرها الزركشي في العبادات والتي تتعلق بصلاة شدة الخوف، ومن أحرم بصلاة قبل وقتها، ويلحق بها حكم من مسح على جبيرة لم يضعها على طهر، وصلاة فاقد الطهورين، وغيرها مما لا يُبتنى الخلاف فيها على الفساد والبطلان، بل على تعريف الصحة اصطلاحاً فهل هي موافقة أمر الشارع فقط، أم أنها الموافقة مع سقوط القضاء؟ فصلاة شدة الخوف، والماسح على الجبيرة وفاقد الطهورين، إما أنها صحيحة مجزئة وإما باطلة لا تسقط القضاء، والقول بالصحة مع الإعادة، في ظني غير مقبول، لأن التكليف ليس إرهاقاً للمكلف.

وهي ليست من صور الفساد ولا من مسائله الخلافية، وكذا من أحرم بصلاة قبل وقتها، وسواء وافقنا في الحكم أولاً، فحكم الصلاة أنها صحيحة كنافلة لا فرض، فأين وجه الفساد فيها؟!

٣- أن غالب المسائل في العبادات يرتد الخلاف فيها إلى مواضع محددة منها: الاختلاف في دلالة النهي على التحريم أو الكراهة، الاختلاف في مراتب الأدلة الدالة على شروط العبادة، هل هي قطعية أم ظنية؟ وهل هذا الفعل شرط وركن أم أنه واجب؟ وعليه اختلفوا في حكم العبادة بفقد هذا الشرط، كحكم الصلاة بدون الفاتحة، وحكم الوضوء بدون نية، والطواف بدون طهارة، والترتيب في أركان الوضوء وغيرها

من المسائل التي اختلفوا فيها بين مصحح للعبادة باعتبار الفعل سنة أو واجباً، وبين مبطل لها باعتبار الفعل ركناً وفرضاً، فلا تصح العبادة بدونه.

وقد أفاض جبريل المهدي في هذه الأمثلة، مفرقاً بين الأقوال بالصحة أو الفساد[١].

واختلافهم في دلالة النهي للتحريم أو الكراهة، كالصلاة في الأوقات المكروهة، والأماكن المكروهة وغيرها.

ويعلل ابن تيمية في الفتاوى في مسألة شروط العبادة، وأنه لم يرد نهي صريح بالبطلان، وإنما هي شروط وضعها العلماء واختلفوا فيها بحسب مراتبها، لقوله: "لم ينقل عن النبي ﷺ أنه أمر بالطهارة في الطواف، ولا نهى المحدث أن يطوف، ولكنه طاف طاهراً"[٢] وقوله يصدق على معظم المسائل الخلافية لا كلها.

٤- ويلحظ أن اختلاف الفقهاء في المسائل ينحصر بين قولين، تصحيح العبادة أو إبطالها، ولا وجه بالفساد في أمر العبادات، فالعبادة إما صحيحة مجزئة وإما باطلة يجب قضاؤها، ولا يقبل غيره في أمر العبادة، بل ولا يجتهد في بابها كثيراً، فهي قربات لابد أن تكون خالصة لله تعالى، والنهي عصيان لا يجتمع مع القربة، واختلاف الفقهاء في مسائلها، اختلاف أذهان وأفهام، في دلالة النصوص وتكييفها، ولا مجال فيها لإفساد جزئي أو تصحيح جزئي، ومسألة الحج الفاسد ليست في معنى الفساد الاصطلاحي بل هي أشبه بالبطلان، وإتمام النسك كان بالدليل وللعقوبة.

واختلافهم في مسائل الوصف المجاور كالصلاة في الدار المغصوبة والوضوء بالإناء المغصوب، لا تخرج عمّا سبق بيانه من فهم لحقيقة النهي ودلالته، أو لمرتبة الشرط وتأثيره، ولم يفرع الحنفية في العبادات خلافاً إلا في صوم أيام العيد، والتي ورد النهي الصريح فيها، فصححوا النذر فيها، وحرم غالبهم الصوم كراهة تحريمية، ولم يوجبوا الأداء فيها[٣]، واجتهادهم هذا ليس قولاً بالفساد، فالنذر صحيح والأداء مجزئ، فأين الفساد؟ بل لم يوفق الحنفية فيما ذهبوا إليه خاصة وأنهم يصرحون بالترادف في باب العبادات، وهو الأولى والراجح، فلا يكون ما استثنى من مسائل خرماً للقاعدة.

---

(١) جبريل المهدي، الصحة والفساد، ٤٣٨-٤٥٠.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى، ٢٦/٦٨٠.

(٣) جبريل المهدي، الصحة والفساد، ٤٤٦، وسأعرض في الفصل الخامس تفصيل آراء الفقهاء في المسألة.

## المطلب الثاني: باب النكاح.

إن عقد النكاح ليس من العقود المالية، بل هو عقد اشترك فيه الحل والحرمة معـاً، وفيه معنى التقرب إلى الله تعالى، ويفترق عن أمر المعاملات، فليس فيه خصائص الملك الكامل كما في عقود المعاوضات، والحل فيه لا يجتمع مع الحرمة الثابتة بمقتضى النهي، لئلا يقع التناقض[١].

واضطرب أمر النكاح كثيراً، في مسألة الفسادوالبطلان، واختلف المحدثـون في ترجيح الصواب، فبينما يرجح بعض العلماء تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل يُخطِّأ الآخرون في تقسيمه ويرجحون الترادف، فالترادف هو الأولى عندهم.

واختلفت آثار النكاح في الفقه، بين نوعين من النكاح، في إيجـاب المـهر والعـدة وثبوت النسب وحكم الحد، مما جعل التفصيل عند بعضهم هو الأولى، وبيان الأمر بتحقيق أقوال الجمهور.

### عند المالكية:

يفرق المالكية بين نوعين من النكاح غير الصحيح، ويقسمون النكاح من حيث حكـم الفسخ إلى ثلاثة أنواع[٢]:

١- ما يفسخ قبل الدخول فقط، كأن يتزوجها بصداق مجهول أو بدون صداق.

٢- ما يفسخ قبل الدخول وبعده ما لم يطل النكاح، كنكاح السر.

٣- ما يفسخ قبل الدخول وبعده أبداً، كنكاح المتعة والمحارم، ونكاح خامسة.

---

(١) السنهوري، مصادر الحق، ١٦٢/٤، الدريني، بحوث مقارنة، ٢١١/١.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٠٧/٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣٨/٣-٤٤، الإحسـائي، تدريـب السالك مع شرحه تبيين المسالك، ٥٥/٣، وفي المسألة تفصيلات عدة في بيان أنواعه فـالأول مـا كان خلله في الصداق، والثاني محصور في ثلاث مسائل فقط وهي نكاح السر أي توصية الشـهود بكتمان الزواج عن امرأة الزوج، ونكاح الشريفة بالولاية العامة ولها ولي خاص، ونكـاح اليتيمـة الصغيرة مع فقد شرط، انظر المراجع السابقة.

أما من حيث أسباب فساد النكاح، فيقسم ابن رشد النكاح إلى نوعين صحيح وفاسد، والصحيح ما جوزه القرآن والسنة والفاسد عنده ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

١- ما فسد لعقده وينقسم إلى متفق على فساده ومختلف في فساده[١].

٢- ما فسد لصداقه، وينقسم هذا النوع عند العدوي إلى قسمين: متفق على فساده، ومختلف فيه[٢].

٣- ما فسد لشروط فاسدة[٣].

والقاعدة عند المالكية أن كل نكاح فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه، وسواء كان متفقاً على فساده أم مختلفاً فيه، وسواء كان الفساد لعقده أم لصداقه[٤]. أما بعد الدخول فيجب المهر، ويثبت المسمّى إن كان الفساد في العقد، ويثبت مهر المثل إن كان الفساد لصداقه[٥].

والأمثلة على المتفق على فساده بسبب العقد، كنكاح المتعة، ونكاح الخامسة والمعتدة ونكاح المحارم، والمتفق على فساده بسبب الصداق كالنكاح على خمر، وأما المختلف في فساده بسبب العقد كنكاح الشغار، وبلا ولي وبدون شهود، وأن يكون العبد ولي المرأة، ونكاح المحرم بحج أو عمرة. والمختلف في فساده بسبب الصداق كالنكاح على عبد آبق[٦].

ويقصد بالاختلاف هنا، أن يكون في صحة العقد وفساده لا في جوازه وعدمه وسواء كان الاختلاف خارج المذهب أو داخله، ولا عبرة بالخلاف الضعيف فهو في حكم

---

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٠٧/٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣٨/٣-٤٤، الإحسائي، تدريب السالك مع شرحه تبيين المسالك، ٥٥/٣.

(٢) العدوي، حاشية العدوي، ١٨٦/٤، ولا يقسم النكاح الفاسد عند ابن رشد لصداقه إلى نوعين، بل هو نوع واحد إما أن يكون المهر حراماً كخمر أو خنزير، أو يكون فيه غرر، أو إلى أجل مجهول، انظر ابن رشد، المقدمات، ٦١/٢.

(٣) ابن رشد، المقدمات مع المدونة، ٦١/٢.

(٤) عليش، تقريرات عليش، ٤٥/٣.

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ١٣٠/٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤٦/٣، عليش، تقريرات، ٤٥/٣.

(٦) العدوي، حاشية العدوي، ١٨٤/٤، عليش، تقريرات، ٤٣/٣، ابن رشد، المقدمات، ٦١/٢.

النوع الأول[١]، وتفريق المالكية بين المتفق على فساده والمختلف فيه، من حيث الآثار بعد الدخول في غاية البيان، أما قبل الدخول فالعقدان من حيث النهي واحد، وهذا التفريق يظن فيه أن النكاح على نوعين فاسد وباطل وليس الأمر كذلك، بل هو مراعاة للخلاف بدليل تقسيم النكاح إلى متفق على فساده بين العلماء ومختلف فيه، وسيلاحظ أن آثار الثاني تختلف عن آثار الأول التي هي أشد، وما ذلك إلا مراعاة لاختلاف العلماء في تصحيح العقد وإبطاله بعد الوقوع.

---

(١) العدوي، حاشية العدوي، ١٨٤/٤، عليش، تقريرات ٤٣/٣١. ينقل جبريل المهدي عن الخشني نوعاً ثالثاً وهو الفاسد المقترن بشبهة معتبرة، والشبهة ثلاثة أنواع شبهة في الفاعل كأن يطأ أجنبية، وفي المفعول كالأمة المشتركة يطأها أحد الشريكين، وشبهة في النكاح كالمختلف في فساده، انظر الصحة والفساد، ٤٨٢.

والآثار التي يرتبها المالكية على كل نوعٍ من النكاح يوضحها الجدول التالي[1]:

| الأثر | النكاح المتفق على فساده | النكاح المختلف في فساده |
|---|---|---|
| ١- فسخ الحاكم | لا يحتاج لفسخ الحاكم | يحتاج لفسخ الحاكم |
| ٢- طبيعة الفسخ | يفسخ بغير طلاق | يفسخ بطلاق، واختلفوا فيها بائنة أو رجعية |
| ٣- تحريم المصاهرة | ينشر الحرمة بالوطء فقط لا العقد فإن تم الدخول تحصل الحرمة ما لم يكن زنا | ينشر الحرمة بالوطء، كتحريم بنت الزوجة وبالعقد كتحريم أم الزوجة |
| ٤- حكم المهر | يجب المهر بالدخول لا قبله | يجب المهر بالدخول لا قبله |
| ٥- حكم الإرث | لا إرث فيه قبل الدخول | فيه الإرث قبل الدخول وبعده إلا نكاح المريض |
| ٦- العدة | تجب العدة، وقيل الاستبراء[2] | تجب العدة |
| ٧- حكم الحد والنسب | - اختلفوا في حكم الحد، وقالوا في نكاح المتعة بمعاقبة الزوجين. - وأوجب البعض الحد وأسقط ثبوت النسب[3]، وعند البعض إذا سقط الحد ثبت النسب. | يسقط الحد ويثبت النسب واختلفوا في بعض المسائل فأوجبوا الحد في النكاح بلا شهود إن لم يظهر، وإن لم يعلم بالحرمة فلا حد. |
| ٨- حكم الإحصان والتحليل | - لم يتحدثوا عنه، لكنه من باب أولى كالمختلف فيه | يختلف عن الصحيح أنه لا تحليل فيه ولا إحصان. |

يتضح من الجدول السابق أن للمختلف في فساده آثاراً أفضل من المتفق على فساده، ولكن في كليهما يجب فسخ العقد سواء فسخ بطلاق وأنقص عدد الطلقات، أو فسخ بغير طلاق؛ لأن العقد لم ينعقد، وإثبات الآثار يتمشى مع منهج المالكية في مراعاة الخلاف بعد وقوعه، ولما للدخول في عقد الزواج من آثار لابد من تكييفها بصورة صحيحة لحفظ الحقوق، وخاصة أن المخالف عقد عقداً يظنه صحيحاً أو كان مخالفاً فيه، فهو ليس

---

(١) انظر مجموع الآثار وترتيبها في الجدول إلى المراجع التالية، الخرشي، حاشية الخرشي، ١٢٦/١٨٥/٤، ١٣٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤٢/٣-٤٣، عليش، تقريرات عليش، ٤٣/٣-٤٥، العدوي، حاشية العدوي، ١٨٥/٤. جبريل المهدي، الصحة والفساد، ٤٨٠-٤٨٩، الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ٤٦٥/٣، زكي شعبان، الأحكام الشرعية، ١٣٨.

(٢) اختلفوا في حكم العدة، وأحياناً يطلق عليها الاستبراء لا العدة، فعند الدسوقي المجمع على فساده يجب فيه الاستبراء انظر، حاشية الدسوقي، ٤١٦/٣.

(٣) نقل ابن عبد البر في النكاح في العدة وهو متفق على فساده قولين عن مالك في الحد، الأشهر أن العلم بالتحريم والجهل سواء لا حد فيه ويلزم الصداق والنسب، انظر الاستذكار، ٢٢٦/١٦.

كالزاني، الذي يفقد حقوقه كاملة، لذا كان التمييز بين أنواع الأنكحة ضرورياً، وليس المتفق على فساده بدون آثار، بل يثبت فيه بعض الحقوق وإن كانت أقل من نظيره.

**عند الشافعية:**

ينص فقهاء الشافعية على أن الباطل والفاسد مترادفان، باستثناء بعض المسائل، ومنها في باب النكاح، مسألة الخلع، إذ إن هناك فرقاً بين الخلع الباطل والفاسد، إذ يرى السيوطي أن الخلع الصحيح هو ما أوجب البينونة والمسمّى، والخلع الباطل هو ما أسقط الطلاق بالكلية أو أسقط البينونة، والخلع الفاسد هو ما أوجب البينونة وأسقط المسمّى[١]، والباطل ما كان على عوض غير مقصود كالدم، أو رجع الخلل فيه إلى العاقد كالصغر والسفه[٢].

وحقيقة الأمر عند التطبيق الفقهي والأثر الناتج عن الباطل والفاسد، أن الاختلاف هو في طبيعة ووصف الفراق في الخلع فلو كان صحيحاً يقع بائناً ولها المسمّى ولو وقع على خمر أو مهر مجهول، بانت منه ولها مهر المثل – وهو ما يسمى الفاسد– ولو وقع على دم يقع الفراق رجعياً[٣]، ولو خالع عبد أو سفيه صح الخلع ووجب دفع العوض[٤]، وفي هذا كله يوصف الخلع إما بالفساد أو البطلان، وفي كل أحواله يصحّ الخلع ولا يبطل ولكن وصف الفراق يختلف فالصحيح والفاسد يقع بائناً والباطل يقع رجعياً، وكذلك في الواجب في بدل الخلع، فيثبت المسمّى المتفق عليه في الصحيح، وفي الباطل والفاسد يجب مهر المثل، وهذا التفريق لا يعني عدم الترادف بين البطلان والفساد، بل كل الصور التي ذكرت خلع صحيح، ولا يوجد بطلان ولا فساد أصلاً، وغاية ما هنالك اختلاف في الأثر، ولست أوافق أن يصنف اختلاف الأثر على أنه بطلان وفساد، بل كيف يكون ذلك؟ وهم يقولون الخلع صحيح واقع.

ومن جانب آخر يتحدث الشافعية عن الأنكحة الفاسدة وآثارها، لكنهم لا يفرقون بين المتفق على فساده والمختلف فيه كما فعل المالكية، بل كلها في مرتبة واحدة، تتفق مع

---

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر، ١١٠/٢، وانظر الزركشي، المنثور، ١٤٣/٢.

(٢) الإسنوي، التمهيد، ٥٩.

(٣) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٢٦٥/٣.

(٤) المرجع السابق، ٢٦٣/٣.

العقد الصحيح في قضايا وتخالفه في أخرى، ويترتب على الدخول في الفاسد آثار، تستوجبها شبهة الدخول نفسها، لا العقد الفاسد كما هو حال الفقهاء قاطبة[١]، لئلا يخلو الدخول من حدٍ أو مهر، وهي قاعدة عند الشافعية ذكرها الماوردي: "الوطء لا يخلو من عُقر أو عقوبة"[٢] أي مهر أوحد.

ومن خلال تتبع الأنكحة الفاسدة عند الشافعية كنكاح المتعة والشغار والمحلل والنكاح دون ولي ودون شهود، يتضح ما يلي:

**أولاً**: أنهم لا يفرقون بين المتفق على فساده والمختلف فيه.

**ثانياً**: حكم المهر: أنه يجب مهر المثل بالدخول في النكاح الفاسد، لاستيفاء منفعة البضع، كوطء الشبهة، وإن تكرر الوطء فمهر واحد كالنكاح الصحيح، ويفترق عن المكرهة على الزنا والمغصوبة، فيجب لها المهر ويتكرر بتكرر الوطء، أما الزانية المطاوعة فلا مهر لها[٣]، وقد نصّ الفقهاء على وجوب المهر في نكاح المتعة[٤] والمحلل[٥]، والشغار[٦]، والنكاح دون ولي[٧]، وقد ثبت في الأخير منها حديث لرسول الله ﷺ – فيمن نكحت دون ولي– حيث قال "فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها"[٨].

(١) السنهوري، مصادر الحق، ١٤٩/٤، قره داغي، مبدأ الرضا، ١٥٨.

(٢) الماوردي، الحاوي ٤٩٥/٩.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٢٣٣/٣.

(٤) الشافعي، الأم، ٢٤٨/٦، الرافعي، العزيز شرح الوجيز، ٥٠٩/٧.

(٥) الرافعي، العزيز، ١٧٤/٨.

(٦) الشافعي، الأم، ٢٢٦/٦، الماوردي، الحاوي، ٣٣٤/٩.

(٧) الرافعي، العزيز، ٥٣٢/٧.

(٨) رواه أبو داود، السنن، ٢٠/٣، ح (٢٠٧٦) برواية عائشة، كتاب النكاح، باب في الولي، قال المنذري: أخرج الحديث الترمذي وابن ماجة، وقال الترمذي حسن صحيح. قال ابن القيم:إن الحديث لم يتكلم فيه أحد من المتقدمين إلا البخاري، وقيل فيه اضطراب، وقال النسائي في الحديث شيء، انظر المنذري، مختصر سنن أبي داود، ١٤٩/٢، ح ١٩٩٩، وابن القيم، تهذيب سنن أبي داود، ١٤٩/٢.

**ثالثاً:** حكم العدة قال الشربيني: "تجب العدة إذا حصلت بفرقة بعد وطء في نكاح صحيح أو فاسد أو في شبهة، سواء كان الوطء حلالاً أم حراماً كوطء الحائض أو المحرمة، ولا عدة في المزني بها باتفاق"[١]. وإن اختلف في استبراء المزني بها. ويؤكد ابن الوكيل على العدة في النكاح الفاسد إلا أنها تختلف عن الصحيح، في وقت ابتدائها هل هي من آخر وطء أو بالتفريق من جهة الحاكم أو من نفسه[٢]. فيقر ابن الوكيل بالعدة في الفاسد ولكنها تختلف عن الصحيح، ونص الفقهاء على ثبوتها في الشغار[٣] والمتعة[٤].

**رابعاً:** وجوب الفسخ: نص الشافعي في الأم على وجوب فسخ النكاح الفاسد كنكاح المتعة والمحرم والشغار، قال عن كل واحد هو نكاح مفسوخ، وأن الفرقة فسخ لا طلاق[٥].

**خامساً:** حكم النفقة والميراث قال الشربيني "لا تجب النفقة لحامل عن وطء شبهة أو لحامل من نكاح فاسد؛ لأنه لا نفقة لها حال التمكين فبعده أولى، وقيل يجب"[٦]. ونص الشافعي على أنه لا نفقة ولا ميراث في نكاح المتعة[٧]. وفرق الغزالي بين نوعين، فأوجب النفقة في النكاح بلا شهود، وبلا ولي، وأسقطها في نكاح المحرم والمعتدة[٨]، ونكاح المحلل عند الماوردي[٩].

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ٣٠٤/٣، وقوله اتفاقاً لا يمكن أن يقصد بها اتفاق العلماء، لأن هناك من أوجب العدة على الزانية ولعله اتفاق الشافعية.

(٢) ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١٤٢/١.

(٣) الشافعي، الأم، ٢٢٦/٦.

(٤) الشافعي، الأم، ٢٤٨/٦، الرافعي، العزيز، ٥٠٩/٧.

(٥) انظر الشافعي، الأم في المواضع التالية، ٢٢٦/٦ في نكاح الشغار، ٢٣٢/٦ نكاح المحرم، ٢٤٨/٦ المتعة.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٤١/٣.

(٧) الشافعي، الأم، ٢٤٨/٦.

(٨) الغزالي، الوجيز مع شرحه العزيز، ١٠٥/٨.

(٩) الماوردي، الحاوي، ٣٣٤/٩.

**سادساً:** الحد والنسب: يقترن الحد مع النسب، حيث رجح الرافعي أنه حيث لا حد يجب المهر والعدة ويثبت النسب ففي نكاح المتعة إن اختلفوا على قولين، وكذا في النكاح دون ولي عند الرافعي لم يجب الحد سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو إباحته، لشبهة اختلاف العلماء وتعارض الأدلة، إلا إن عقد وهو معتقد التحريم يعزر، ونقل مخالفة أبي بكر الصيرفي[١] في حكم الحد، حيث أوجب الحد على معتقد التحريم[٢]، وله أدلته الخاصة[٣].

أما ما يفترق فيه النكاح الفاسد عن الصحيح من حقوق، فهو في سقوط الإحصان والتحليل للزوج الأول[٤]، وأنه لاظهار ولا إيلاء ولا لعان فيه[٥].

---

(١) أبو بكر الصيرفي هو محمد بن عبد الله الصيرفي، الإمام الجليل الأصولي، كان يقال عنه أعلم الخلق بالأصول بعد الشافعي، من تصانيفه شرح الرسالة، وكتاب في الإجماع، توفي سنة (٣٣٠هـ)، انظر السبكي، طبقات الشافعية، ١٤١/٢.

(٢) الرافعي، العزيز، ٥٠٩/٧، ٥٣٢، وانظر ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١٤٢/١ أثبت النسب ونقل الاختلاف في وقت ثبوته هل هو بالعقد كالنكاح الصحيح أو بالوطء وهو الراجح.

(٣) من أدلة الصيرفي الدليل الأول: ما رواه أبو هريرة حديث رسول الله "لا تنكح المرأة المرأة ولا نفسها، إنما الزانية هي التي تنكح نفسها"، رواه البيهقي، السنن الكبرى، ١٧٨/٧، ح ١٣٦٣٤، برواية أبي هريرة وانظر ح ١٣٦٢، ١٣٦٣، انظر البيهقي، معرفة السنن والآثار، ٢٣٧/٥ ح(٤٠٧٧)، وبمعناه روى ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ٤٣٥/١، ح(١٨٨٢) قال المحقق الحديث صحيح وإسناده مختلف فيه، وضعفه الألباني، وعن ابن عباس: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"، رواه نفسه الدار قطني، السنن ١٥٩/٣، ح ٣٤٩٥ وقال إسناده ضعيف. الدليل الثاني: فعل عمر أنه جلد الناكح والمنكح فيمن جعلت أمرها إلى رجل ليس وليها، وأنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة. فقال "هذا نكاح السر، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت"، الثاني رواه البيهقي، السنن الكبرى ٢٠٤/٧، ح (١٣٧٢٦)، معرفة السنن والآثار، ٢٥٤/٥، ح (٤١٠٣) عن ابن الزبير وقيل أبي الزبير وقال عنه هو منقطع عن عمر، والأول أنه جلد الناكح والمنكح، رواه البيهقي، السنن الكبرى، ١٧٩/٧ ح(١٣٦٣٩)، ومعرفة السنن والآثار ٢٣٦/٥، ح ٤٠٧٢ ورواه الدارقطني، السنن، ١٥٨/٣، ح (٣٤٩٠) وقال عنه إسناده حسن. انظر الأدلة، الرافعي، العزيز، ٥٣٢/٧، ابن عبد البر، الاستذكار ٢١١/١٦، ابن قدامة، المغني، ٣٥٣/٩.

(٤) الرافعي، العزيز، ١٧٤/٨ خصه في نكاح المحلل، الصردفي، المعاني البديعية، ٢١٣/١.

(٥) الشافعي، الأم، ٢٤٨/٦ تكلم عن المتعة.

مما سبق يتضح أن الشافعية يثبتون آثاراً في النكاح الفاسد يكاد يكون معظمها بدرجة واحدة، إلا في بعض الصور، وليس النكاح الفاسد عندهم على نوعين، كما هو الحال عند المالكية، ذلك أن النكاح لا يفسد عندهم بفساد العوض إلا في موضعين، نكاح الشغار، ونكاح العبد بحرة على أن تكون رقبته صداقها بإذن السيد، أما إذا نكحها بمهر مجهول أو حرام، فالعقد ثابت والمهر باطل، ولها مهر مثلها[١].

## عند الحنابلة:

إن تفريق الحنابلة بين نوعين من النكاح أكثر وضوحاً وتفصيلاً من الشافعية، وهم في هذا يسيرون على نهج المالكية، ويقسمونه إلى باطل ويقصد به المجمع على بطلانه، وفاسد، ويقصد به المختلف في صحته وما يسوغ فيه الاجتهاد[٢].

ومثال الأول: نكاح المعتدة، والخامسة، والمزوجة، ومطلقته ثلاثاً، وذوات المحارم من نسب أو رضاع، والمتعة.

ومثال الثاني: النكاح دون ولي، وبدون شهود، أو بولاية الفاسق وشهادة الفاسقين ونكاح الأخت في عدة أختها البائن، ونكاح الشغار، والمحلل[٣]. ويعتبر ابن قدامة نكاح المحلل من الباطل المجمع على بطلانه[٤].

ويعدد ابن اللحام الآثار التي تثبت في النكاح الفاسد مع تفريقه بين نوعين هما الباطل والفاسد:

١- الباطل المجمع على بطلانه لا يثبت له شيء من آثار الصحيح، فلا عدة ولا طلاق ولا لعان، وقيل في الطلاق أنه إذا تزوجها في عدة من غيره، قيل يقع الطلاق، وقيل لا[٥]. ولكن كلام الفقهاء يفيد أمراً ليس عند ابن اللحام وهو حكم المهر، فقد ثبت

---

(١) الشافعي، الأم، ٢١٣/٦، الزركشي، المنثور، ١٤٨/٢، الحصني، القواعد، ٢٢٤/٢.

(٢) ابن اللحام، القواعد والفوائد، ١٥٤، ابن النجار، الكوكب المنير، ٤٧٤/١.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٢٦٧/٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٤٩/١٠ قال في نكاح المحلل حرام، وفي موضع آخر قال أنه فاسد، انظر ٥٤/١٠.

(٥) ابن اللحام، القواعد والفوائد، ١٥٤، وانظر ابن قدامة، المغني، ٢٦١/١١، ذكر أنه لا عدة.

للمدخول بها في نكاح المتعة مهر المثل[١]، وعند ابن قدامة في النكاح الباطل المجمع على بطلانه، إن وطئها عالماً بالتحريم فلا مهر لها لأنه زنى، وإن جهلت، فلها المهر للشبهة[٢]. ولا يثبت فيه إحصان ولا إباحة للزوج الأول ولا توارث، ومن تعاطاه عزر إذا كان عالماً بالتحريم. ويثبت النسب[٣]، وعند ابن قدامة إذا علما بالحال فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب[٤].

ويفترق الباطل عن الفاسد أن الفسخ في الأول لا يقع طلاقاً بينما في الثاني يقع طلاقاً[٥].

٢- النكاح الفاسد وهو ما يسوغ فيه الاجتهاد فقد أثبت ابن قدامة له بعض أحكام الصحيح كما يلي[٦]:

١. اللعان، فيصح فيه لإسقاط الحد ونفي النسب.
٢. حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد، وهي خلافية عند الحنابلة، ولكن لا تثبت الحرمة في المجمع على بطلانه.
٣. صحة الخلوة في العقد الفاسد.
٤. وجوب عدة الوفاة والخلوة والإحداد كالنكاح الصحيح.
٥. وجوب المهر بالدخول، وهي عند البهوتي المسمّى بالعقد[٧].
٦. يلحق النسب في نكاح المحلل عند البهوتي وابن قدامة[٨]، فيقاس عليه غيره[٩].
٧. يقع التفريق طلاقاً كما سبق[١٠].

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ١٠٥/٥، الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، ٤٦٥/١.

(٢) ابن قدامة، المغني، ١٨٨/١٠.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ١٠٥/٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٣٥٣/٩-٣٥٤، وذكر في موضع آخر الباطل لا نسب فيه انظر المغني، ٢٦١/١١.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، ٢٦٨/٥.

(٦) ابن قدامة، المغني، ٣٥٥/٩ وانظر ابن اللحام، القواعد، ١٥٥.

(٧) البهوتي، كشاف القناع، ١٧٩/٥.

(٨) المرجع السابق، ١٠٣/٥، وانظر ابن قدامة، المغني، ٢٦١/١١.

(٩) المرجع السابق الأول، ٢٦٧/٥، وانظر جبريل المهدي، الصحة والفساد، ٥٠٣.

(١٠) البهوتي، كشاف القناع، ٢٦٨/٥.

٨.يسقط الحد في النكاح المختلف فيه[1]، وقال ابن قدامة: "كل نكاح مختلف فيه لا يجب فيه الحد بالوطء، كالمتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي وبلا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها، ونكاح الخامسة في عدة رابعة، وهو قول أكثر أهل العلم لأن الاختلاف في إباحة الوطء شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات"[2].

ويفترق النكاح الفاسد عن الصحيح، في الآثار التالية حيث يسقط منه: الميراث، والإحصان، والإحلال، وحرمة الطلاق في زمن الحيض والإيلاء[3].

فالأنكحة عند الحنابلة واجبه الفسخ الباطلة منها والفاسدة والخلاف بينهما يرجع إلى الآثار فقط وبعد الدخول لا قبله، بل هما سيان قبل الدخول.

## الخلاصة:

من خلال ما سبق عرضه، تبين أن الأنكحة غير الصحيحة نوعان، لحرص الفقهاء على حفظ الحقوق، وحماية الأعراض، ولأن عقد النكاح ذو قدسية معينة يختلف عن الأموال كان الاحتياط فيه أكبر، وضرورة موافقة أمر الشارع أوثق، والتقيد بقواعده ونصوصه أكبر، وليس هذا خروجاً عن القاعدة، ولا التقسيم السابق استثناءً من ترادف البطلان والفساد، بل النكاح المنهي عنه في جميع الصور واجب الفسخ، لاغياً قبل الدخول ولا أثر له، وأما بعد الدخول ، استحقت بعض الحقوق مع بقاء حق الفسخ قائماً، وما فصّله المالكية من عقود يسقط الفسخ فيها بعد الدخول. فليست من ضمن المسألة لأنها صحيحة عند غيره وليس من المنهي عنه.

وإثبات المهر وإسقاط الحد ارتبطاً بالعقد القائم وإن كان مخالفاً، أما الزنا البواح فلا أثر له ولا حق فيه بل هو العقوبة والحد، وإن تفصيل المالكية في المسألة غاية في الجودة. وإن كان لا يختلف كثيراً عن باقي المذاهب إلا أن عرضهم في الفقه كان مفصلاً

---

(١) المرجع السابق، ٢٦٧/٥، جبريل المهدي، الصحة والفساد، ٥٠٣.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٣٤٣/١٢-٣٤٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٣٥٤/٩، البهوتي، كشاف القناع، ٢٦٧/٥، ابن اللحام، القواعد، ١٥٦، وأضاف ابن قدامة أنه لا نفقة لها ولا سكنى، انظر المغني، ٤٠٧/١١.

واضحاً، ومردّ ذلك اهتمامهم بمراعاة الخلاف بين المذاهب، والحفاظ على المصالح العامة والخاصة.

وتحديد الراجح من الآثار في كل نوع يلزمه دراسة تفصيلية لكل هذه الأنكحة الفاسدة ومقارنتها ببعضها، لاستخلاص آثار تفصيلية واضحة، إلا أن هناك ارتباطاً يمكن استنتاجه من كلام الفقهاء وهو أن سقوط الحد يعني وجوب المهر، فهي مرتبطة ارتباطاً وثيقاً، ويتبعها – في ظني– وجوب العدة والنسب وإلا فما فائدة إسقاط الحد، أليس في ذلك اعتراف بوجود الشبهة المانعة من العقوبة، مما يحفظ باقي الحقوق المهمة من النسب والمهر، والعدة تتبع حق النسب أيضاً، أما باقي الحقوق، كطبيعة الفراق، فسخ أو طلاق، وحرمة المصاهرة والإرث والإحصان والإحلال فتلك تحتاج دراسة للمسائل بعينها ويمكن اختلافها من مسألة إلى أخرى، مع الاختلاف في سقوط الحد من مسألة إلى أخرى.

واعتماد الأسباب التي ذكرها الفقهاء من حيث الاتفاق على الفساد وعدمه، يستقيم والتفريق السابق، وذلك بالأدلة والبراهين الدالة، وهو أمر لا علاقة له بقبح وصف مجاور أو ملازم.

## المطلب الثالث: باب المعاملات.

يتفق طرح الأصوليين مع تطبيقات الفقهاء في باب المعاملات وتقل المستثنيات التي تذكر عندهم، ويعم المعنى الذي ساروا عليه من القول بترادف البطلان مع الفساد، وهو باب أقل خطورة من سابقيه العبادات والنكاح، فالأول لم يفرقوا فيه بين نوعين من المنهيات، والثاني فرقوا فيه بين نوعين فيها ولكن ليس على أساس البطلان والفساد بالمعنى الأصولي، أما باب المعاملات فهو خير مثال على التطبيق، بل المجال الوحيد لتطبيق قاعدة البطلان والفساد عند الحنفية، والتي يظهر فيها جلياً توافق جمهور الأصوليين في التنظير مع التطبيق إلى حدٍ ما.

### عند المالكية:

وقد اشتهر عنهم القول بشبه الفساد أو شبه الصحة، والذي أوضحت سابقاً بأنه القول بالفساد المرادف للبطلان عينه لا قولاً ثالثاً، وإن إثبات الضمان بالفوات لا يعني شبه

الصحة، بل إن الضمان في الفاسد والتعويض عن الفوات يعم الشافعية والحنابلة وحتى بعض الحنفية، حيث نقل ابن عابدين أن البيع الباطل لا يملكه المشتري ولا ضمان لو هلك المبيع عنده، لأنه أمانة، وقيل لا يجب الضمان إلا بالتعدي، واختار السرخسي أن يكون مضموناً بالمثل أو القيمة، لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وهو قول الأئمة الثلاثة[١].

وعند فقهاء الشافعية قاعدة أن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه[٢]. وعند الحنابلة القاعدة نفسها، يقول ابن رجب "كل عقد يجب الضمان في صحيحه، يجب الضمان في فاسده وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه، لا يجب في فاسده، فالبيع والإجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد، والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة، وعقود التبرعات لا يجب الضمان فيها مع الصحة فكذلك مع الفساد"[٣].

فلا يختص حكم الضمان بالمالكية فقط، بل هو عموم قول الجمهور في الفاسد وتبين من خلال استعراض مذهب المالكية الأصولي، بعض المواضع الفقهية التي ثبت من خلالها توافق المالكية وعدم خروجهم عن القاعدة، وتفصيل المسألة وبيانها يظهر من تقسيم ابن رشد لأنواع البيوع إلى ثلاثة[٤]:

١- بيوع جائزة وهي التي لم يرد فيها نهي.

٢- بيوع مكروهة وهي التي اختلف أهل العلم في إجازتها، والحكم فيها أنها تفسخ ما كانت قائمة، فإن فاتت لم تُرد مراعاة للخلاف.

٣- بيوع محظورة وتنقسم إلى ما يلي:

١. ما لم يطابق النهي ولم يخل بشرط ولكنه محظور لتعلقه بمحظور، كالصلاة في موضع مغصوب والبيع قبل الصلاة، فإنه حرام محظور غير جائز إلا أنه إذا وقع لم يفسخ فات أو لم يفت باتفاق.

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار ١٨٠/٧.

(٢) الزركشي، المنثور، ١٥٠/٢، الحصني، القواعد، ٢٢٧/٢، السيوطي، الأشباه والنظائر، ١٠٧/٢.

(٣) ابن رجب، القواعد، القاعدة السابعة والأربعين، ٦٧.

(٤) ابن رشد، المقدمات، ٢٠١/٣-٢٠٦.

٢. ما طابق النهي وتعلق بشرط من شرائط صحته، كالبيع وقت النداء يوم الجمعة وبيع حاضر لباد، وبيع الرجل على بيع أخيه، واختلف أهل العلم على قولين فمنهم من قال يقتضي النهي الفساد فسخ البيع إن كانت السلعة قائمة، ورد القيمة إن كانت فائتة، ومن قال أن النهي لا يقتضي الفساد لم يفسخ البيع.

٣. ما أخَلّ بشرط من شروط الصحة فإنه يفسخ وترد السلعة إن كانت قائمة أو ترد قيمتها.

٤. البيع والشرط، واختلف فيه على قولين في حكم اجتماع البيع مع الشرط.

وعرض ابن رشد خلاصة لمذهب فقهاء المالكية ومواطن ما اختلفوا فيه، وعند الإحسائي يظهر الأمر بوضوح، والمنهيات عنده على نوعين[١]:

١- ما يحرم ويصح بعد الوقوع، كبيع النجش وهي الزيادة في الثمن ليُغرّ غيره، وبيع المصرّاة، وتلقي السلع.

٢- وما يفسد العقد، كالمزابنة وهي بيع مجهول بمجهول أو معلوم من جنسه وكبيع سلعة بكذا على أنه إن نقد وإلا فبأكثر. وبيع طعام معاوضة قبل قبضه، والتفريق بين أم وولدها، والبيع بشرط يناقض مقصود البيع[٢].

فالبيوع المنهي عنها إما أن تكون صحيحة فتنعقد مع النهي، وهي مسائل المنهي عنه لمجاور، وإما باطله فاسدة فيجب فسخها.

ويفرق المالكية في البيوع الفاسدة بين نوعين المتفق على فساده والمختلف فيه، ولكن بفروق بسيطة غير مؤثرة.

منها: أن الأول يضمن حال فوته بالقيمة من حين قبضه، والثاني يضمن بالثمن[٣]، وأن الأول لا يحتاج في فسخه إلى حكم حاكم، بينما الثاني يفسخ بحكم حاكم أو من يقوم مقامه[٤]، وليس بينهما فرق ظاهر كما هو الحال في النكاح، وإنما اهتموا بالاتفاق والاختلاف بين العلماء كعادتهم، ويبقى العقد واجب الفسخ.

---

(١) الإحسائي، تدريب السالك مع شرحه تبيين المسالك، ٣/٣٣٧-٣٥٠.

(٢) أضاف الإحسائي أمثلة على النوع الثاني كالبيع بعد نداء الجمعة، وركون السائم، وبيع حاضر لباد.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ٥/٤١٣-٤١٤.

(٤) العدوي، حاشية العدوي، ٥/٤١٢.

**عند الشافعية:**

استثنى فقهاء الشافعية بعض المسائل من ترادف البطلان والفساد، في العتق والكتابة والعارية والوكالة والإجارة والشركة والقراض[١].

مثال الكتابة الصحيحة وهي ما أوقعت العتق وأوجبت المسمّى، بأن انتظمت بأركانها وشروطها، والباطلة ما لا توجب عتقاً بالكلية بأن اختل بعض أركانها، والفاسدة ما أوقعت العتق وتوجب عوضاً في الجملة[٢]. أما الشركة والقراض والوكالة، فنفوذ التصرف فيها مستفاد من الإذن الذي تضمنه كل منها، فينفذ في الصورة الفاسدة وللعامل أجرة مثله بخلاف الباطلة، فإنه لم يكن فيها إذن صحيح[٣]، والصور في مجملها لا تخرج عن صورة الخلع الفاسد والباطل، ونظراً لارتباط هذه المعاملات بحقوق الآخرين فقد ثبت في بعضها حقوق للطرف الثاني مع عدم صحتها مما دعاهم للقول بالفساد فيها، وفي بعض الصور المسماة بالفاسدة، يصح التصرف وينفذ كالعتق والوكالة والشركة، ويثبت فيها الأجر أو العوض وذلك لوقوع الفساد، فيكون معنى الفساد فيها أقرب إلى الصحة لا البطلان.

وفي كتب الفقه الشافعي، تتضح نظرتهم للمناهي في المعاملات حيث تقسم عندهم إلى ثلاثة أقسام:

١- ما يرجع النهي إلى ذات المنهي عنه، كبيع الملاقيح والمضامين، فالنهي فيها يدل على الفساد[٤] ويلحق بها، بيع اللحم بالحيوان، وبيع ما لم يقبض وبيع وسلف وبيع وشرط[٥].

---

(١) الإسنوي، التمهيد، ٦٠، الزركشي، المنثور، ٢/١٤٣، الحصني، القواعد، ٢/٢١٨-٢٢٠، السيوطي، الأشباه والنظائر، ٢/١١٠.

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر، ٢/١١٠.

(٣) الحصني، القواعد، ٢/٢١٨-٢٢٠.

(٤) ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١/١١٩.

(٥) الشافعي، الأم، ٢/٢٨٥، النووي، روضة الطالبين، ٣/٦١، الرافعي، العزيز، ٤/١٠٠-١٠٥.

٢- ما كان النهي لأمر خارج وهو لا يدل على الفساد، كالبيع وقت النداء[١]، وبيع الحاضر لبادٍ، وتلقي الركبان، والسوم على سوم أخيه، فالبيع فيها صحيح مع النهي الوارد، واختلفوا في حكم النهي للتحريم أو الكراهة[٢].

٣- إذا كان النهي يرجع إلى التسليم، ففيه خلاف في دلالة النهي على الفساد ومثاله التفريق بين الوالدة وولدها في البيع، فالنهي فيها لا يرجع إلى ذات المبيع، ولكن إلى التسليم بالتفريق المحرم بين الوالدة وولدها، وكذلك بيع السلاح من الكفار، فالخلل فيه في التسليم، وهو باطل عند ابن الوكيل[٣]، بينما يرى النووي أن النهي عن التفريق بين الوالدة وولدها لا يقتضي الفساد[٤].

وبهذا التفريق بين آثار المناهي يتوافق الشافعية أصولاً وفقهاً ويترادف البطلان والفساد في المعاملات، وينص الغزالي على أن العقد الفاسد لا يفيد الملك[٥]، خلافاً لأبي حنيفة[٦].

## عند الحنابلة:

من خلال استعراض مذاهب أصوليي الحنابلة، كان الطابع العام والتوجه الغالب هو القول بالفساد في جميع صور النهي، ما كان منها لقبح ذاته أو وصفه الملازم أو للمجاور، مع الاختلاف في الأخير منها، وكذا الحال في كتب الفقه، فالناظر فيها يجد اختلافاً في حكم النهي في مسائل الوصف المجاور كالبيع وقت النداء، والبيع على بيع أخيه، والسوم على سومه، وبيع الحاضر لبادٍ، فينص (البهوتي) على حرمتها وبطلانها باستثناء السوم فإنه يصح لأن النهي فيه خارج عن البيع. ويصح عنده بيع المحتكر وإن حرم الاحتكار[٧]، ويعلل ابن قدامة سبب حرمة البيع على بيع أخيه، بنهي النبي ﷺ عنه

---

(١) ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١/١١٩.

(٢) النووي، روضة الطالبين، ٣/٧٨، الرافعي، العزيز، ٤/١٢٦-١٣٠.

(٣) ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، ١/١٢٣، وانظر الرافعي، العزيز ٤/١٣٢.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٣/٧٨-٨٣.

(٥) الغزالي، الوجيز مع العزيز، ٤/١٢٢.

(٦) الرافعي، العزيز، ٤/١٢٢.

(٧) البهوتي، كشاف القناع، ٣/١٨٠-١٨٣.

والنهي يقتضي الفساد[١]، وينقل ابن قدامة احتمالاً آخر أن البيع صحيح وأن المحرم هو عرض السلعة على المشتري وذلك سابق للبيع؛ ولأن النهي لحق آدمي فأشبه النجش وتلقي الركبان وبيع المعيب والمدلس، وفارق بين ما كان لحق الله تعالى، ولحق الآدمي فالثاني يمكن جبره بالخيار أو زيادة الثمن لكن إذا كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فلا خيار له[٢].

وكذا يثبت البهوتي الخيار في البيوع المنهي عنها والتي لم تبطل كتلقي الركبان فالنهي فيها ليس لمعنى في البيع وإنما للخديعة ويلحق به بيع النجش والمسترسل وهو الجاهل بقيمة السلعة، والخيار لا يثبت إلا في بيع صحيح، فالبيوع صحيحة مع ورود النهي فيها[٣].

بينما حرموا بيع الحاضر لبادٍ وأبطلوه؛ لأن النهي ورد لمعنى فيه، والنهي يقتضي الفساد[٤].

فمنهج الحنابلة في الفقه موافق لما طرحوه في الأصول، واختلافهم في حكم الوصف المجاور والتفريق بين حق الله تعالى وحق العبد يجد له صدى في التطبيقات الفقهية، إلا أنهم استثنوا بعض المسائل، كما فعل الشافعية واعتبروها خارجة من قاعدة ترادف الباطل والفاسد، للدليل الوارد فيها[٥]، والمسائل المستثناة فيها مراعاة لحقوق الأفراد. حيث وجبت فيها بعض الآثار حماية لحق أحد الأطراف، ولا يعني ذلك مخالفة القاعدة.

---

(١) ابن قدامة، المغني، ٣٠٥/٦.

(٢) المرجع السابق، ٣٠٥/٦.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٢١١/٣ وانظر، ابن قدامة، المغني، ٣٦/٦.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٣١١/٦.

(٥) ابن اللحام، القواعد والفوائد، ١٥٤، ابن النجار، الكوكب المنير، ٤٧٤/١.

# المبحث الخامس

# الترجيح بين الحنفية والجمهور

إن الترجيح بين الحنفية والجمهور يستلزم تفصيل المواضع التالية:

١- حقيقة دلالة النهي لوصف ملازم، للفساد أم البطلان؟
٢- حقيقة تقسيم المنهي عنه إلى أنواع ملازم ومجاور.
٣- بيان الراجح في الفرق بين البطلان والفساد، فهل الراجح الترادف أو الاختلاف في أبواب الفقه المبحوثة؟

**أولاً: اقتضاء دلالة المنهي عنه لوصف ملازم البطلان.**

من خلال استعراض آراء الأصوليين وأدلتهم، وحقيقة المذهب الحنفي، فإن القول بدلالة النهي على البطلان أو دلالته على الفساد المرادف للبطلان هو الأرجح؛ لأن أوامر الشارع ونواهيه لا يمكن أن تكون عبثاً، ودلالة النصوص فيه غامضة، ولا يجوز القول بالتوقف حتى يأتي الدليل، فهذا يزيد الأمر صعوبة وتعقيداً، ويضفي على أحكام الشرع صفة التعسير لا التيسير، ولا يعقل أن لا يكون للنهي دلالة، فلِمَ وجد إذن؟ وكيف تكون نواهي الشارع بلا معنى؟ أو أن يدل النهي على الصحة؟! فهذا عين التناقض والاختلاف، والشريعة منزهة عنه بل هي الكمال والتوافق.

وبتدقيق النظر في منهج الحنفية لا نجد حقيقة التصريح بعدم دلالة النهي على الفساد، بل هي نقولات تنسب إليهم، لأنهم يفرقون بين البطلان والفساد، وأبرز ما يظهر عندهم اهتمامهم في إثبات المشروعية للأصل المنهي عنه إذا اقترن النهي بوصف ملازم كان هو علة النهي والفساد، ولم يوفقوا في سعيهم لإثبات المشروعية مع النهي كما أشرت؛ لأن ترتب الآثار في بعض المنهيات لا يعني مشروعية ذلك الفعل المنهي عنه.

وإذا أردت الالتزام بالمصطلح قلت النهي يقتضي البطلان عند الجمهور، ويقتضي الفساد عند الحنفية، وكلاهما يفيد عدم الصحة، فلا يمكن أن يكون النهي لغير الفساد أو البطلان، فلا يصح النقل، والحق أنه لا خلاف حقيقي دقيق في عدم دلالة النهي على

الصحة، بل خلافهم في درجات عدم الصحة، فهي بدرجة واحدة عند الجمهور بطلان أو فساد، وعلى درجتين مختلفتين عند الحنفية هما البطلان والفساد، وتفصيل ذلك قضية أخرى، وأعود إلى نقطة الخلاف في دلالة النهي وأقول لا يمكن أن تدل على غير البطلان، فإجماع الصحابة على فساد العقود بالنهي وحديث رسول الله ﷺ "فهو ردّ" خير برهان على دلالة النهي على البطلان، ويمكن القول بأن النهي يدل على عدم الصحة والتي ترادف البطلان أو الفساد بحسب حال النهي ومحله في الفقه، والأرجح إطلاق العموم بدلالة النهي على البطلان، والتي تشمل أبواب الفقه كلها على الغالب.

**ثانياً: أنواع المنهي عنه.**

وينقسم المنهي عنه إلى أنواع، ما نهي عنه لوصفه الملازم وللمجاور، والذي لاقى اعتراضاً عند العلماء، وخاصة ابن تيمية، الذي أوضح بكثير من الأمثلة المنهي عنها والمحرمة ، أنها قد تُفسر على المنهي عنه لمجاور، واستنكر على الحنفية في التفريق بين صوم أيام النحر بأنه لملازم فلم يبطل، وصوم الحائض ليس لملازم وهو باطل، فكلاهما عند ابن تيمية يمكن أن يكون لملازم(١).

وتقسيم ابن تيمية والشاطبي للمناهي بحسب حق الله تعالى وحق العبد يقتصر على المنهي عنه لمجاور عند فريق من العلماء، وقد يعم جميع المناهي كما يرى ابن تيمية والشاطبي، ولكنها لاقت اعتراضاً أيضاً، والتخلص منه، يكون بحصر البحث في باب المعاملات دون العبادات، التي هي كلها حق لله تعالى، ومنها ما يصحح ومنها ما يبطل. ويبقى الأمر مشكلاً.

وبالنظر في المسائل ومواضع ترادف البطلان والفساد فيها، يظهر لي أن تقسيم النهي غير شامل لجميع الأبواب فيها. فالأولى إخراج العبادات، حيث يشدد في مسائل النهي فيها وفي كونها دالة على التحريم في معظمها، ويستثنى مواضع الدليل فقط دون أية صورة اجتهاد عقلية، لحرمة دائرة العبادات، وضيق مجال النظر العقلي فيها، والمسائل التي ورد فيها خلاف بالصحة والفساد، ليست مقصورة على دائرة المجاور والملازم، بل سبقت الإشارة إلى أن الخلاف في العبادات يخضع لعدة عوامل.

---

(١) ابن تيمية، الفتاوى، ٢٩/١٥٩-١٦٠.

وباستثناء باب النكاح أيضاً من التقسيمات أعلاه للنهي؛ لأن الأصل في الأبضاع التحريم، ولأن عقود الزواج قامت على إثبات الحل، وقد ذكر الشافعي في أن الأصل فيهن الحرمة، إلا بتوافر الشروط التي نص الشارع عليها، وأن الاختلاف الوارد في باب النكاح ليس خاضعاً لاختلاف الأصوليين في البطلان والفساد اصطلاحاً. وهو ما ظهر جلياً إذ لم يكن لمسائل الوصف الملازم خلاف مخصوص، بل اعتمد الخلاف فيها على مسائل الاتفاق والاختلاف بين العلماء، وانحصرت النتائج بالصحة أو البطلان فقط وأن ما استثني كان للدليل فقط، كتصحيح طلاق الحائض.

وما يثير الانتباه في باب النكاح أن التعاقد قائم على حل نكاح المرأة، وسواء اعتبرت معقوداً عليه أو عاقداً، فهي عنصر أصيل في عقد النكاح، وشبيه به عقد الإجارة والوكالة من حيث ارتكازهم على الطرف الآخر وفي حالات النهي، يرتبط الأمر بحقوق هذا الفرد كأثر الدخول، وعمل الأجير والوكيل وكذا العامل في عقد القراض، وإهدار هذه الحقوق وخلوها من الأثر هو عين الظلم الذي يحرمه التشريع فحقوق العبد مصونة بل قد نجدها أحياناً مقدمة على حق الله تعالى وإسقاط التبعات لها ظلم، وليس في إيجابها توسط بين الصحة والبطلان فالعقد إما صحيح مع النهي أو باطل.

وأخيراً يبقى أمر المعاملات هو فيصل الخلاف وهو باب النزاع بين الفقهاء، واعتماد القواعد الثابتة فيه يعين على فهم دلالات النواهي والنصوص:

١- منها حرمة الأموال كما ذكر الشافعي.

٢- تعلقها بحقوق الأفراد في غالبها وحقوق الله تعالى أيضاً.

٣- تحديد دلالة النهي للتحريم أو الكراهة، فلا يكون المكروه من ضمن الخلاف أصلاً.

٤- مبدأ الخيار الذي أثبته الرسول ﷺ في كثير من البيوع المنهي عنها، كالتصرية وتلقي الركبان والعيب، وكل ما احتمل خداعاً وغرراً يقاس عليه.

وترجيح دلالة النهي على البطلان أو الفساد، لا يتناقض وترتيب عدم الصحة إلى درجات فقد ثبت ذلك في النكاح، وكذا الحال في المعاملات، ولا يلزم اتباع منهج الحنفية في التفريق بين الأصل والوصف، فالارتباط بينهما وثيق، والاستثناء من الدلالة على الفساد تحكمه النصوص والأدلة الواردة، واختلاف العلماء في محل النهي الوارد فيها.

**ثالثاً: بيان الراجح في الفرق بين البطلان والفساد، فهل الراجح الترادف أم الاختلاف في أبواب الفقه المبحوثة؟.**

إن التفريق بين مصطلحي الفساد والبطلان، لا يخضع فقط لقاعدة دلالة النهي بل يؤثر فيهما مؤثرات أخرى، وهي مجموعها:-

١- دلالة النهي على البطلان أو الفساد.

٢- دلالة النهي على التحريم أو الكراهة.

٣- الفرق بين الشروط والأركان والواجبات.

٤- حق الله وحق العبد.

والراجح في ظني صحة التقسيم إلى نوعين في المنهيات في النكاح والمعاملات دون العبادات.

والعبادات لا يمكن التفريق فيها بين نوعين من المناهي، بل كلها بدرجة واحدة لما سبق عرضه، والحق أن الحنفية لم يوفقوا في مثال الصوم في أيام النحر، الذي ورد النهي صريحاً فيه، بل خالفوا قواعدهم بالقول بالترادف في العبادات.

وقد أشرت أن مسائل العبادات يحكمها الخلاف في تعريف الصحة أكثر من الخلاف في تعريف البطلان والفساد.

وفي النكاح، تختلف المنهيات على نوعين ولكن ليس لمعنى الفساد والبطلان أو الوصف والأصل وإنما لمعنى الاختلاف والاتفاق بين الجمهور، وأن أمر الدخول في العقود المنهي عنها، أنشأ شبهة فيها استحقت أن تتبع آثاراً، ويرجح مصطفى الزرقا[١] أن لا يسمى النكاح باطلاً وفاسداً فهذا خطأ، بل الأولى أن يُسمّى باطلاً مشتبهاً فيه (وهو الفاسد)، وباطلاً غير مشتبه فيه (وهو الباطل).

والسمة البارزة في الأنكحة أنها تبطل إذا ورد نهي صريح واضح عن رسول الله ﷺ، وإذا تعلق النهي بأركان أساسية في العقد كالديمومة والرضا والخلو من الموانع،

---

(١) الزرقا، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، بحث في مجلة المسلم المعاصر، ٤٤.

ويبقى الفرق قائماً من حيث الآثار والتي أبرز ما فيها مسألة الحد التي اختلفوا في سقوطها حتى في النكاح الباطل، بين الحنفية والجمهور.

وفي المعاملات، يصح التفريق بين أنواع النهي، وأن المنهيات فيها على نوعين، دون التقيد باعتبار الحنفية، لأن أسباب الفساد عند الحنفية تحتاج إلى دراسة مستفيضة دقيقة، ومقارنة مع مذهب الجمهور لإعطاء تصور كلي عن صور الفساد عند الحنفية وما يقابلها عند الجمهور، والتي عالجوا بعضها بصورة قريبة من الحنفية، ولعل منها ما يعالج بصورة العقد الموقوف كما أشار ابن تيمية، لكن الأمر يحتاج أيضاً إلى تحقيق أكثر للوصول إلى نتائج مرضية، سواء أثبتنا تميز الحنفية ورجحنا مذهبهم، أو دمجناهم مع الجمهور في صورة وسط، أو لجأنا إلى العقد الموقوف، كما أنه ليست الأسباب كلها تصلح أسباباً للفساد، كما أشرت في شرط الربا السابق، مع ملاحظة أن الآثار التي يرتبها الحنفية تتوافق مع الجمهور كثيراً كالضمان، وحق الفسخ في بعض الصور وغيرها.

بهذا ينحصر الخلاف الأصولي في باب المعاملات فقط، وتثبت صورة الفرق بين البطلان والفساد عند الحنفية فيها، لكن الترجيح بين الترادف والتمايز يحتاج إلى نظرة متخصصة في مبدأ الفساد ومدى ما أضافه من جديد وعالج به من مشاكل ما استطاع غيرهم أن يحققها.

ويبقى مجال الخلاف بين العلماء قائماً، في تحديد محل النهي، هل يبطل العقد أصلاً، أو يعطي الخيار لرفع الضرر؟ ولا يمكن بالترجيح في قواعد الأصول، الحصول على حكم ثابت محدود وقاعدة ملزمة، بل مردّ الأمر إلى الدراسة المتخصصة في كل مسألة بعينها.

# الفصل الخامس

# مسائل تطبيقية فقهية

## التمهيد:

يشتمل الفصل الخامس من الرسالة على بعض المسائل التطبيقية الفقهية في أبواب فقهية محددة، تم اختيارها واعتمادها من خلال المباحث الأصولية السابقة؛ وهي العبادات والنكاح والمعاملات، حيث تم دراسة اختلاف البطلان والفساد فيها وآثارهما وأسبابهما، وأضفت إليها في هذا الفصل باب الدعاوى وبعض المسائل المعاصرة.

ولقد انحصرت الدراسة في ثلاثة أمثلة في كل باب، ففي العبادات بحثت مسألة صلاة فاقد الطهورين، وصيام أيام العيدين، والصلاة بدون قراءة الفاتحة، ولقد كان لاختيار كل منها أسبابه التي ذكرتها في مطلع كل مسألة، مع التأكيد والبيان في خاتمة كلٍ منهما على حقيقة الترادف بين البطلان والفساد في باب العبادات، والتي رجحتها في الجانب الأصولي وتأكدت وثبتت من خلال الدراسة الفقهية.

أما في النكاح فقد وقع اختياري على مسألة نكاح الزانية، ونكاح المحرم ونكاح المرأة على عمتها أو خالتها، لإثبات حقيقة الفرق بين نوعين من النكاح المنهي عنه والتي تظهر جلياً من خلال الآثار، ولم يكن أمر النكاح كالعبادات في الترادف المطلق بين البطلان والفساد، ولا كالمعاملات في الاختلاف بينهما، وإنما هو حالة متوسطة وأستطيع القول أن هناك نوعين من النكاح المنهي عنه، يختلفان من حيث الآثار، ويعتمدان على مدى اتفاق علماء المذاهب على البطلان أو اختلافهم فيه، وليس للاختلاف بين مصطلحي البطلان والفساد أثرٌ في الفرق بينهما، كما هو الحال في المعاملات، وليست الأنكحة المنهي عنها بدرجة واحدة كما هو الحال في العبادات المنهي عنها.

وفي باب المعاملات يظهر الفرق جلياً بين مصطلحي البطلان والفساد عند الحنفية والجمهور من خلال المسائل المختارة فيه، حيث كان منهج الحنفية محدداً في التفريق بين أسباب كلٍ منها وآثاره، وفي التطبيقات الفقهية المرتبة عليه، في حين كان منهج الجمهور مصرحاً بالترادف بين البطلان والفساد من حيث الأسباب والآثار، بل حتى في استعمال ذات اللفظ، فسواءُ عندهم التعبير بلفظ الباطل أو الفاسد.

أما اختيار باب الدعاوى للتطبيق والتمثيل فمردّه ما نُقل عن الحنفية من القول بالتفريق بين الدعوى الباطلة والفاسدة، والتي ذكرت أنّه أصدق ما يقال عنه الدعوى الباطلة والناقصة، فمن الدعاوى ما يردّ ويرفض لأنه باطل، ومنها ما يطلب بيانه واستكماله لأنه ناقص لا فاسد، وهم في هذا لا يختلفون مع جمهور العلماء، ولا علاقة لأمر البطلان والفساد في باب الدعاوى -فيما أرى- على معنى الفرق بين الأصل والوصف كما في المعاملات.

وختاماً لهذا الفصل عرضت مسألتين من المسائل المعاصرة في المعاملات والنكاح للتطبيق على معنى البطلان والفساد والراجح في كلٍ منها.

ويتضمن الفصل المباحث التالية:

**المبحث الأول: المسائل التطبيقية الفقهية في العبادات.**

**المبحث الثاني: المسائل التطبيقية الفقهية في النكاح.**

**المبحث الثالث: المسائل التطبيقية الفقهية في المعاملات.**

**المبحث الرابع: المسائل التطبيقية الفقهية في الدعاوى.**

**المبحث الخامس: المسائل التطبيقية الفقهية المعاصرة.**

# المبحث الأول

# المسائل التطبيقية الفقهية في العبادات.

## المسألة الأولى: صلاة فاقد الطهورين.

انبنى خلاف الفقهاء في كيفية صلاة فاقد الطهورين، على اختلافهم في تعريف الصحة في العبادات، وخاصة في تصحيح العبادة أداءً وفي حكم الإعادة حيث انقسموا إلى فريقين، فمنهم من عرّف الصحة بما وافق أمر الشارع وأسقط القضاء ومنهم من عرفها بما يوافق أمر الشارع أسقط القضاء أو لم يسقطه وأطلق على الفريق الأول الفقهاء، وعلى الفريق الثاني المتكلمون.

واختياري لهذه المسألة كان تطبيقاً للخلاف السابق، وتدعيماً للراجح فيه.

وفاقد الطهورين هو: من لم يجد ماءً ولا تراباً بأن فقدهما حساً، كأن حبس في موضع ما، أو شرعاً كمن يعجز عن استخدامهما لمرض أو لاحتياجه إلى الماء لعطش أو لنجاسة التراب[١].

واختلفوا في أمرين في صلاته:

١- حكم الأداء. ٢- حكم القضاء أو الإعادة.

### آراؤهم في حكم الأداء والقضاء:

**القول الأول:** لا تجب الصلاة على فاقد الطهورين وهو قول أبي حنيفة مع وجوب القضاء أو الإعادة عنده[٢] وعند مالك لا تجب الصلاة ولا إعادة ولا قضاء

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ١/١٠٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ١/٣٢٦، ابن عابدين، رد المحتار، ١/٤٢٣، وعند الصاحبين يتشبه بالمصلين مع وجوب القضاء عليه.

عليه[١]، والصلاة مندوبة عند بعض الشافعية ولا قضاء عليه عند بعضهم، ويجب القضاء عند بعضهم الآخر[٢].

**القول الثاني:** تجب الصلاة وهو المعتمد عند الشافعية مع وجوب القضاء أو الأداء[٣]، وقول الحنابلة مع سقوط القضاء أو الإعادة[٤].

## أدلة العلماء في المسألة:

### أدلة عدم وجوب الأداء:

استدل الحنفية والمالكية بأن شرط الصلاة هو الطهارة، وقد عدم، فتسقط الصلاة[٥] أداءً وقضاءً عند المالكية، واستدل الحنفية على وجوب القضاء بحديث رسول الله ﷺ: "لا يُقْبَلُ صلاة بغير طهور"[٦]، ومادامت الصلاة لم تقبل لعدم الطهور وجب قضاؤها[٧]، وذلك عند وجود أحد الطهورين، فيفهم منه سقوط الأداء.

### أدلة وجوب الأداء:

١- استدل الحنابلة على وجوب الأداء بحديث رسول الله ﷺ: "إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم"[٨]، والعجز عن الشرط لا يوجب ترك المشروط، كما لو عجز عن السترة والاستقبال[٩].

---

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٧٣/١، العدوي، حاشية العدوي، ٣٧٢/١، وقول ابن القاسم المالكي عليه الأداء والقضاء معاً.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ١٠٥/١، قليوبي، حاشيتا قليوبي وعميرة، ١٤٢/١.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ١٩٥/١.

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٧٣/١.

(٦) رواه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ٩٨/٣، ح/٥٣٤، برواية ابن عمر، باب وجوب الطهارة للصلاة.

(٧) ابن عابدين، رد المحتار، ٤٢٣/١.

(٨) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٢٦٤/١٣، ح/٧٢٨٨ جزء من حديث برواية أبي هريرة، كتاب الاعتصام بالسنة.

(٩) البهوتي، كشاف القناع، ١٩٥/١.

٢- واستدلوا على وجوب الأداء أيضا بحديث عائشة رضي الله عنها "أنها استعارت من أسماء قلادة فهلكت، فبعث رسول الله ﷺ رجالاً في طلبها، فوجدها، فأدركتهم الصلاة، وليس معهم ماء، فصلوا، فشكوا ذلك إلى النبي ﷺ فأنزل الله آية التيمم"[١].
ويستدل من قوله في الحديث "فصلوا بغير وضوء" على وجوب الصلاة عند عدم المطهرين الماء والتراب، وليس في الحديث أنهم فقدوا التراب وإنما فيه أنهم فقدوا الماء فقط، ولكن عدم الماء في ذلك الوقت كعدم الماء والتراب لأنه لا مطهر سواه، وأنهم صلّوا معتقدين وجوب الصلاة ولو بدون مطهر[٢].

ويستدل أيضا على عدم وجوب الإعادة عند الحنابلة، بأنه لم يأمرهم بالإعادة، والطهارة أحد شروط الصلاة وتسقط عند العجز[٣]، ولو كانت الإعادة واجبة لبيّنها الرسول ﷺ، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة[٤] -ودليل الشافعية، في وجوب القضاء، بأنه عذرٌ نادرٌ لا دوام له وإنما صلّى لحرمة الوقت[٥].

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

اشتراط الطهارة لصحة أداء الصلاة، مما اتفق عليه جمهور العلماء، ولكن استثناء الأحوال الضرورية له نظرة خاصة في فقه العبادات، كالرخص من التيمم والمسح على الخفين وعلى الجبائر وغيرها، لذا يجب مراعاة فاقد الطهورين. خاصة وأن حاله قد يطول، كالسجين والمقيد، والصلاة فرض شرعت لها الرخص لتبقى في حالة الديمومة والاستمرار فلا ينقطع العابد عنها، وحديث عائشة رضي الله عنها السابق هو إقرار من

---

(١) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٥٢٤/١، ح/٣٣٦ برواية هشام بن عمرو عن أبيه، باب (٢) إذا لم يجد ماءً ولا تراباً. رواه أبو داود، سنن أبي داود، ٣٠٥/١، ح(٣٢١) برواية هشام بن عروة عن أبيه، باب التيمم.

(٢) ابن حجر، فتح الباري، ٥٢٤/١، الشوكاني، نيل الأوطار، ٣٦٧/١.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ١٩٦/١.

(٤) الشوكاني، نيل الأوطار، ٣٦٧/١.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج، ١٠٥/١.

الرسول صلى الله عليه وسلم على صحة الصلاة بدون الطهور لمن فقده، وإن كان الأمر يختص بتشريع التيمم، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، كما استدل الشوكاني، أما وجوب الإعادة فهو تكليف شاق لمن يطول عذره، ولم يعد هذا الأمر عذراً نادراً كما يرى الشافعية، بل قد يجاوز الخمسة فروض وأما اجتماع الأداء مع القضاء فهذا غير مقبول، بل لا يوافق تعريف الصحة وهو ما أسقط القضاء ووافق أمر الشارع، فإما أداء بلا إعادة كما هو مذهب الحنابلة، وإما قضاء بدون أداء كمذهب أبي حنيفة، أما سقوط الاثنين معاً كما هو المعتمد عند المالكية فبعيد جداً، فإسقاط ركن لا يملكه عبد ولا يبرره عذر، لأن لكل حادثة حكمها الخاص، وإيجاب الاثنين أداءً وقضاء، كما هو المعتمد عند الشافعية، فتكليفٌ بالشاق، وتناقُضٌ مع تعريف الصحة.

فكان أصوبها –والله أعلم– مذهب الحنابلة –اعتماداً على النصوص الواردة فيه وأما استدلال الحنفية بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يقبل الله صلاة من غير طهور" فهو عام فيمن لا عذر يمنعه من الطهور، ومن المعلوم أن الضرورات تبيح المحظورات فلا يقدح في صحة اجتهاد الحنابلة في الأمر.

ويظهر من أقوال الفقهاء في مسألة فاقد الطهورين، عدم التوافق بين تعريف الصحة اصطلاحاً وتطبيقها فقها عند الشافعية بالذات، والذين يصفون أداء فاقد الطهورين للصلاة بالصحة، ثم يوجبون بعد ذلك القضاء، ولا مخرج لهذا الاختلاف إلا أن يكون أصحاب هذا القول هم المتكلمين والذين يعرّفون الصحة بما وافق أمر الشارع سواء أسقط القضاء أو لم يسقطه، بينما يتفق الحنفية والحنابلة مع تعريف الصحة اصطلاحاً عند الفقهاء، أما المالكية، فأظنّهم غالوا كثيراً لمّا أسقطوا الأداء والقضاء إذ لا صحةَ ولا بطلانَ ولا فعلَ صادرَ ليحكم عليه.

## المسألة الثانية: صيام أيام العيدين.

تثار هذه المسألة في كتب أصوليي الحنفية على أنها أثر للخلاف في تعريف البطلان والفساد، ويتحدث المتأخرون على أنها من المستثنيات من مسائل العبادات والتي يترادف فيها البطلان والفساد، ثم تكثر النقولات عن الحنفية في هذه المسألة، وتعرضها كتب

أسباب ومسائل الخلاف على أنها صورة من صور اختلاف الحنفية والجمهور في التفريق بين البطلان والفساد أو في دلالة النهي على الفساد.

والمسألة وإن كانت مبحوثة في كتب الأصوليين، إلا أنني لما رجحت عدم خضوعها للاختلاف في البطلان والفساد، اجتهدت في ضرورة عرضها لإثبات ما رجحته، وللوقوف على صورة المسألة وحقيقتها عند الحنفية، وكيف يتعامل الحنفية مع حديث النهي الوارد فيها.

**محل النزاع:**

اختلف العلماء في صحة نذر صوم يومي العيدين[١]، دون حكم الصوم فيهما، إذ نقل الإجماع على تحريم صوم يومي العيدين سواءً أصامهما عن نذر أو تطوع أو غير ذلك[٢].

**آراء العلماء في المسألة:**

**القول الأول**: يصح نذر صوم يومي العيد، والأفضل فيه الفطر والقضاء، ولو صامه أجزأه، وهو قول أبي حنيفة برواية محمد بن الحسن عن الإمام[٣]، وهو القول المختار عند الحنفية[٤].

وتفصيل مذهب الحنفية أن الشروع في الصوم معصية للنهي الوارد فيها والنذر طاعة، ويجب عدم الصوم، والأفضل فيه الفطر، ويلزمه القضاء لإسقاط الواجب وهو النذر، ولكن لو صام هذه الأيام خرج عن العهدة مع الحرمة[٥].

---

(١) الشوكاني، نيل الأوطار، ٨٩١.

(٢) النووي، شرح صحيح مسلم، ٢٥٧/٨ ح/٢٦٦٦، الشوكاني، نيل الأوطار، ٨٩١، نقله الشوكاني عن النووي، ونقل ابن قدامة الإجماع في المغني، ٤٢٤/٤، ولعل الأمر ليس إجماعاً لما ذكره الكاساني من أن الصوم في هذه الأيام مكروه، إلا إذا قصد كراهة التحريم، انظر بدائع الصنائع، ٥٥٨/٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٦٩/٢.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١٠٥/٣، ابن عابدين، رد المحتار، ٤١٩/٣.

(٥) ابن عابدين، رد المحتار، ٤١٩/٣.

**القول الثاني**: عدم صحة النذر في هذه الأيام وعدم لزوم قضائه.

وهو رواية لأبي يوسف عن أبي حنيفة وكذا رواه عنه ابن المبارك وهو قول زفر[١]، وجمهور العلماء من المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

**القول الثالث**: هو التفريق بين نوعين من النذر: لو قال لله علي صوم يوم النحر لم يصح نذره ولم ينعقد، ولو قال لله علي صوم غدٍ، وغدٌ يوم النحر صح النذر. وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة[٥].

## أدلة العلماء في المسألة:

### أدلة الحنفية:

١- استدل ابن عابدين على لزوم قضاء النذر ما روى من حديث زياد بن جبير قال: جاء رجل إلى ابن عمر فقال: إني نذرت أن أصوم يوماً فوافق يوم أضحى أو فطر، فقال ابن عمر: "أمر الله بوفاء النذر ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيام اليوم"[٦]، والدلالة من هذه الرواية عند الحنفية أنه يمكن قضاء النذر وبه يخرج عن عهدة الأمر والنهي[٧]، ولكن تعليق النووي على الرواية أن ابن عمر توقف عن الجزم لتعارض الأدلة عنده، وللشافعية قولان في حكم القضاء لمن نذر صوم العيد، أصحهما أنه لا يجب[٨]، لذا لا يصح الاستدلال بهذه الرواية على صحة القضاء ولا على صحة النذر.



---

(١) السرخسي، المبسوط، ١٠٦/٣، الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٦٩/٢.

(٢) مالك، المدونة، ١٩٠/١، ابن رشد،المقدمات الممهدات، ١٨٨/١.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٤٧/١.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٣٩٩/٢.

(٥) السرخسي، المبسوط، ١٠٦/٣، ابن عابدين، رد المحتار، ٤١٩/٣.

(٦) رواه مسلم، صحيح مسلم مع شرح النووي، ٢٥٨/٨، ح/٢٦٧٠، باب النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى.

(٧) ابن عابدين، رد المحتار، ٤١٩/٣.

(٨) النووي، شرح النووي، ٢٥٨/٨.

٢- واستدل السرخسي[١] بدليل عقلي، مفسراً حقيقة النهي الوارد عن الرسول ﷺ عن صوم هذه الأيام، بأن موجب النهي فيها الانتهاء، والانتهاء عما ليس بمشروع لا يتحقق إلا ببقاء اختيار العبد بين أن ينتهي فيثاب عليه، وبين أن يقدم على الارتكاب فيعاقب، وذلك لا يتحقق إلا ببقاء الصوم مشروعاً فيه وموجب النهي غير موجب النسخ. فالنسخ رفع المشروع.

والشرع أمر بالفطر في هذه الأيام، ولم يعتبر دخول الوقت فيها مفطراً كالليل مثلاً، والنهي فيها يجعل الأداء من العبد فاسداً، فلا يصلح لأداء الواجبات. ولكن صفة الفساد لا تمنع بقاء أصله مشروعاً، وإذا ثبت أن الصوم مشروع فقد حصل نذره مضافاً إلى محله فيصح النذر، وليس فيه ارتكاب للنهي، وإنما ذلك في أداء الصوم، فلو صام خرج عن موجب نذره، لأنه ما التزم إلا هذا القدر -أي ألزم نفسه عبادة ناقصة- كمن نذر أن يصلي عند طلوع الشمس فعليه أن يصلي في وقت آخر، فإذا صلى في ذلك الوقت خرج عن موجب نذره.

ودليل السرخسي هو ما استند إليه في أصوله لإثبات عدم دلالة النهي على الفساد، ولإثبات بقاء المشروعية. ولقد تم الرد فيما سبق على دليله العقلي هذا مما لا حاجة للتكرار، وإضافة لما سبق، فالسرخسي يعقد الأمر عندما يثبت المشروعية ثم يجعل الصوم معصية، حيث يفسر المشروعية في تصحيح موجب النذر مع بقاء الحرمة بالصوم، وهذا تداخل غريب، لا يجتمعان ولا يتوافقان عقلاً، فإقراره بالحرمة لورود النهي يلزم منه أن تستتبع الحرمة آثاراً، ويلحظ أيضا أن قوله أداء العبد فاسد لا يعني الفساد اصطلاحاً، لأنه لا وجود له في العبادات، فالصوم حرام بدون نذر، والنذر صحيح ويسقط بالأداء.

٣- استدل الفندلاوي[٢] للحنفية بأن نهي النبي ﷺ عن صيام هذين اليومين إنما هو لمعنى في غير الصوم وهو تحقيق إجابة دعوة الله عز وجل، لأن الناس في ذلك الزمن أضياف الله عز وجل، وقد دعاهم للأكل لتحقيق الضيافة، ونهاهم عن الصوم

---

(١) السرخسي، المبسوط، ١٠٦/٣.

(٢) الفندلاوي هو أبو الحجاج يوسف بن دوناس المغربي الفندلاوي المالكي، خطيب بانياس، ثم مدرس المالكية بدمشق كان حسن المفاكهة حُلو المحاضرة، قُتل في دمشق سنة ٥٤٣هـ في حرب الفرنج. انظر الذهبي، تهذيب سير أعلام النبلاء، ١٥/٣.

لتحقيق الضيافة. وكان النهي لمعنى في غير المنهي عن صومه، ولم يوجب فوات الصوم أصلاً كالصلاة في الأرض المغصوبة والبيع يوم الجمعة عند أذان المؤذن[١].

وفي هذا الدليل تحديد لمحل النهي الوارد، حيث يظهر من قياسه على البيع يوم الجمعة من أن المنهي عنه هنا لمجاور، ويؤيده ما ذكره ابن عابدين موجزاً في تعليله لوجوب الفطر في هذه الأيام لمن نذر صومها، تحامياً عن المعصية المجاورة وهي الإعراض عن إجابة دعوة الله تعالى[٢]. وبهذا يكون تفسير منهج الحنفية واضحاً،سواء اتفقنا معهم أو خالفناهم، فالنهي لوصف مجاور كما يرون فإن كان كذلك فلا تناقض إذن بين النهي الوارد وتصحيح الفعل.

ويدعم هذه النظرة عند الحنفية توجه الكاساني إلى القول بكراهة صيام أيام العيدين والتشريق، ونقل مخالفة البعض فحرّموا الصوم كما في رواية أبي يوسف وعبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة، واستندوا في التحريم إلى حديث النهي الوارد –على ما سيرد ذكره– وأن النهي فيه يفيد التحريم عندهم، بينما يرجح الكاساني أن النهي يحمل على الكراهة للقرائن الدالة. وهي مجموع نصوص أوردها الكاساني أفادت حرية التطوع في أيام السنة كلها، وأن الدهر يصلح كله للصوم[٣].

**أدلة الجمهور:**

١– استدل جمهور العلماء بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ: "نهى صيام يومين، يوم الفطر، ويوم الأضحى"[٤]. ودلالة النهي واضحة وصريحة في حرمة الصوم[٥].

٢–نقل الشربيني إجماع العلماء على حرمة صوم يومي العيد[٦].

---

(١) الفندلاوي، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك (شرح مسائل الخلاف)، ٣٣٦/٢.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ٤١٩/٣.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٥٨/٢. انظر أدلته التي ساقها لإثبات الكراهة.

(٤) رواه مسلم، صحيح مسلم مع النووي، ٢٥٧/٨، ح/٢٦٦٧، برواية أبي هريرة، كتاب الصيام.

(٥) الفندلاوي، تهذيب المسالك، ٣٣٦/٢، الشربيني، مغني المحتاج، ٤٣٣/١.

(٦) الشربيني مغني المحتاج، ٤٣٣/١.

٣- استدل الحنابلة بقاعدة اقتضاء النهي للفساد، إذ النهي الوارد في حديثه صلى الله عليه وسلم يفيد الفساد، وهو عندهم عدم صحة الفعل وبطلانه[١].

وبناء على حرمة صوم هذه الأيام عندهم، لا ينعقد النذر بصومها ولا يصح[٢]، ولا قضاء عليه عند بعض المالكية معللين ذلك أنه ألزم نفسه صياماً، فجاء المنع من الله تعالى، وكل منع جاء من الله تعالى لا قضاء عليه، وإن جاء المنع منه فعليه القضاء[٣].

٤- ودليل الرواية عن الحنفية ببطلان الصوم وعدم صحة النذر أن الصوم غير مشروع. وليس إلى العبد شرع ما ليس بمشروع كالصوم ليلاً، فالشرع عين الزمان للأكل بأنها "أيام أكل وشرب"[٤] وتعيينه لأحد الضدين ينفي الضد الآخر فيه، والدليل على أنه لا يصلح لأداء شيء من الواجبات، أن الصوم اسم لما هو قربة والمنهي عنه معصية فلا يكون صوماً[٥].

**أدلة القول الثالث:**

وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة حيث فرق بين أن ينص على يوم النحر أو لا ينص، فإذا نص فقد صرّح بما هو منهي عنه فلم يصح، وإذا قال غداً ولم يصرح في نذره بما هو منهي عنه صح نذره، كالمرأة إذا قالت لله علي أن أصوم يوم حيضي لم يصح نذرها ولو قالت غداً صح نذرها[٦].

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ٣٩٩/٢.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٣٣/١، وانظر مالك، المدونة، ١٩٠/١.

(٣) مالك، المدونة، ١٩٠/١ وهو قول ابن القاسم.

(٤) رواه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ٢٥٩/٨، ح/٢٦٧٢ باب تحريم صوم أيام التشريق، رواه نبيشة الهذليّ.

(٥) السرخسي، المبسوط، ١٠٦/٣.

(٦) المرجع السابق.

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

لا يصعب الاستنتاج من دلالة النهي الواردة عن رسول الله، أن النهي يفيد التحريم، وقد نقل النووي إجماع العلماء على حرمة صوم يومي العيد، وإن لم يسلم الإجماع المنقول، إلا أنه رأي عامة الفقهاء ومعظمهم، فالصوم محرّم فيها والنذر لا ينعقد على معصية.

وأدلة الحنفية العقلية منها والنقلية لا تقوى على مواجهة حديث النهي الصحيح الوارد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، بل إن الحنفية يختلفون في حكم إفساد صوم التطوع، لمن شرع في صوم يوم العيد دون نذر، فأوجب الصاحبان القضاء قياساً على النذر وأسقطه أبو حنيفة، لأن الفعل معصية فلم يجب الإتمام بعد الشروع، ولأن القضاء ينبني على وجوب الإتمام[١]، فالوجوب ثبت ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان والمؤدى هنا لا تجب صيانته لمكان النهي[٢].

فالحنفية مختلفون في حكم النذر في أيام النذر وحكم التطوع فيها، ويصرحون بالمعصية ودليل النهي الوارد، ولعل الخلاف مردّه كما أشار ابن عابدين إلى محل النهي لمجاور أم لذات المنهي عنه.

وما نقل عن الحنفية من صحة صيام أيام النحر والفطر غير صحيح، بل حاولوا إتمام النذر، وعدم إبطاله فيها، وقالوا بالفطر والقضاء، ولكنهم فضلوا الوفاء بالنذر خروجاً من العهدة ولمجاورة المنهي عنه للنهي، وعدم إبطال عبادة بعد الشروع، مع إيجاب المعصية في ذلك كله، فكأنهم فصلوا بين النذر والوفاء به، وبين دليل التحريم، وهي محاولة غير سليمة لأن ما ابتنى على حرام فهو حرام.

والغاية من عرضي، التأكيد على أن مسألة صوم النحر لا تصلح مثالاً على المنهي عنه لوصف ملازم، وليست مثالاً على معنى الفساد الأصولي، لأن العبادات مستثناة منها، فلم يبق لدينا إلا مثال يتكرر عند الحنفية وينقل عند غيرهم وهو أبعد ما يكون تطبيقاً،

---

(١) السرخسي، المبسوط، ١٠٨/٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٦٩/٢.

وقول السرخسي في إثبات المشروعية ليس لتصحيح الصوم في هذين اليومين بل هو محرم، بل استعان به لتصحيح النذر وهو خارج عن موضوع النهي الصريح الواضح.

## المسألة الثالثة: حكم الصلاة بدون قراءة الفاتحة.

إن اختلاف العلماء في حكم الصلاة بدون قراءة الفاتحة، يرتبط باختلافهم في ركنية قراءة الفاتحة ووجوبها، ويقاس عليه العديد من المسائل التي في معناها، كحكم الطواف بدون طهارة، والصيام بدون تبييت النية، والزكاة قبل حولان الحول، وكثير من الأمثلة غيرها التي يُردّ الخلاف فيها إلى فهم الفقهاء لمعنى النهي الوارد، أو للنصوص الدالة على الطلب، وأثر الاختلاف بين الفرض والواجب عندهم.

وبحث مسألة الصلاة بدون فاتحة، يكفي في إعطاء صورة عن أسباب الخلاف في مسائل العبادات وتأثير قواعد الفساد والبطلان فيها، فالعبادة عند الفقهاء قاطبة إما صحيحة وإما باطلة ولا فساد فيها، فالوسط في العبادات غير موجود، والنصوص الشرعية من آيات وأحاديث تكثر فيها ويعتمد عليها في الاستدلال وتستثنى من قواعد الأصول العقلية، وهو سمت غالب وسمة بارزة تحيط العبادات بإطار متين، بحيث يسيطر النقل فيها على العقل، وتختلف الأحكام بحسب الروايات الواردة فيها في حين يكثر إعمال العقل والنظر الأصولي في مسائل المعاملات، التي عالجت النصوص المهمات فيها، وتركت الثانويات لاجتهاد البشر المتخصص.

### آراء العلماء في المسألة:

**القول الأول**: لا تتعين الفاتحة في القراءة لصحة الصلاة، لأن الركن هو القراءة، والواجب هو قراءة الفاتحة. وهو قول الحنفية[1] ويفرقون بين قراءتها في الركعتين الأولتين والأخيرتين على ما سأذكره.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١/٥١٦-٥٢٤، الزيلعي، تبيين الحقائق، ١/٢٧٤.

**القول الثاني**: تتعين الفاتحة في القراءة وتبطل الصلاة بدونها، إذ تعتبر قراءة الفاتحة ركناً من أركان الصلاة. وهو قول جمهور العلماء من المالكية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

## أدلة العلماء في المسألة:

### أدلة الحنفية:

يفرق الحنفية بين ترك قراءة الفاتحة في الركعتين الأولتين في الصلاة، وتركها في الركعتين الأخيرتين، فلو تركها في الأولتين إن كان عامداً فهو مسيئ وإن كان ساهياً يلزمه سجود السهو[٤]، ولو ترك الفاتحة في الأخيرتين، أجزأته الصلاة ولا يكون مسيئاً إن كان عامداً ولا سهو عليه إن كان ساهياً"[٥]، والحنفية يفرقون بين الفرض والواجب، فالفرض (الركن) ما ثبت بدليل قطعي وهو وجوب القراءة في الصلاة دون تحديد، والواجب ما ثبت بدليل ظني وهو قراءة الفاتحة بعينها، وترك الفرض عندهم يبطل الصلاة بينما ترك الواجب لا يبطلها.

ومن أدلة الحنفية على عدم ركنية قراءة الفاتحة ما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿ **فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنْ الْقُرْآنِ**﴾، المزمل، الآية: ٢٠ ، ومطلق الأمر في الآية يفيد الوجوب، وإن تعيين الفاتحة فرضا نسخٌ للإطلاق، ونسخ الكتاب بخبر الواحد لا يجوز[٦].

٢- وحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "**لا صلاة إلا بقراءة**"[٧]، يفيد ركنية القراءة لصحة الصلاة دون تحديد للفاتحة.

---

(١) مالك، المدونة، ٦٩/١، ابن عبد البر، الاستذكار، ١٤١/٤، الصاوي، بلغة السالك، ٢٠٦/١.

(٢) الشافعي، الأم، ٢١٦/١، الشربيني، مغني المحتاج، ١٥٧/١.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٣٩٢/١، انظر ابن قدامة، المغني، ٣٨١/٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٨١/١.

(٥) المرجع السابق، ٥٢٥/١.

(٦) المرجع السابق، ٦٨٢/١، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٤/١.

(٧) رواه مسلم، صحيح مسلم مع النووي، ٣٢٧/٤، ح/٨٨٠، برواية أبي هريرة، باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة.

٣- قوله صلى الله عليه وسلم في حديث المسيء صلاته: **"إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر، ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن"**[١] فلو كانت الفاتحة ركناً، لعلمه الرسول صلى الله عليه وسلم إياها، لجهله بالأحكام وحاجته إليها[٢].

**أدلة الجمهور:**

١- من أهم ما استدلوا به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "من صلّى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج -يقوله ثلاثاً-"[٣]. والخداج هو النقصان في الذات نقص فساد وبطلان[٤]، وفي معناه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب"[٥] فيفيد ضرورة الفاتحة، وقد واظب صلّى الله عليه وسلم على قراءتها في كل صلاة، فدل ذلك على الفرضية[٦] وتبطل صلاته بدونها ولو تركها ناسياً[٧].

## الترجيح وأثر الاختلاف:

فسّر الحنفية حديث "لا صلاة لمن يقرأ بفاتحة الكتاب" أن المراد نفي الفضيلة[٨] لا نفي الصحة، وهو معارض بعموم الآية: ﴿ فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْآنِ﴾، المزمل، الآية: ٢٠.

---

(١) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٥٥٧/١١، ح/٦٦٦٧، برواية أبي هريرة، كتاب الأيمان والنذور باب إذا حنث ناسياً.

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٥/١.

(٣) أخرجه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ٣٢٤/٤، ح/٨٧٦ برواية أبي هريرة، كتاب الصلاة باب وجوب قراءة الفاتحة في كل ركعة.

(٤) مالك، المدونة، ٧٠/١، البهوتي، كشاف القناع، ٤٠٣/١.

(٥) أخرجه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٢٧٦/٢، ح/٧٥١، برواية عبادة بن الصامت، كتاب الأذان، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ١٥٦/١، الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٨٢/١.

(٧) مالك، المدونة، ٦٩/١، البهوتي، كشاف القناع، ٤٠٣/١، الشوكاني، نيل الأوطار، ٣٩٦.

(٨) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٧/١.

وخبر الآحاد لا يقوى على معارضة العموم ولا تجوز الزيادة بخبر الواحد عندهم فأعملوا عموم الآيات والأحاديث على وجوب القراءة دون تعيين[١].

ويرد على الحنفية، أن العموم الوارد في الآية والحديث لا ينفي عدم تعيين الفاتحة فهي من القرآن، وقد يحمل العموم في حق العاجز عن الفاتحة[٢].

ويرى الشوكاني أن النفي الوارد في الحديث هو أقرب إلى نفي الذات وهي الصحة لا نفي الكمال، وأن فعل الحنفية بجعل الفاتحة واجباً لا فرضاً لورودها بالسنة دون الكتاب فعل مرفوض وحاصله رد كثير من السنة المطهّرة بلا برهان ولا حجة[٣].

وبهذا يكون صريح النص من رسول الله ﷺ دليل وجوب قوي لا يرده عمومات، بل تفسر كلها مجتمعة، ويؤيده مواظبة النبي ﷺ على قراءتها.

فأثر الاختلاف بين الحنفية والجمهور، ينحصر في أمرين، إبطال الصلاة بدون فاتحة عند الجمهور، تصحيح الصلاة بدون فاتحة عند الحنفية، وذلك اعتماداً على أدلة نقلية يستند إليها كل منهما، واستنتاج وفهم اختص به كل منهما.

ومن قواعد الأصول المؤثرة هنا، اختلافهم في الزيادة على النص هل هي نسخ؟ واختلافهم في دليل الوجوب الظني هل يُسمّى فرضاً أم واجباً؟ واختلاف آثار الفرض عن الواجب.

وغالب الشروط والأركان لم ترد بصيغة النواهي عن أضدادها، لتكون قاعدة دلالة النهي على الفساد مؤثرة أولاً؟ بل جاءت بنصوص عامة، وأحاديث مُبيّنة للأحكام غالباً، مع التركيز أحياناً على أثر ترك بعض هذه الأركان، كترك الفاتحة أو النية.

فاحتكام أمور العبادات لقواعد النهي لا يكون مجرداً وبمعزلٍ عن النصوص والأحاديث في كل قضية، والتي يثمر مجموعها إما صحة أو بطلاناً.

---

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٧٤/١.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ١٥٦/١.

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار، ٣٩٤.

ولقد استعرض جبريل المهدي العديد من مسائل العبادات في كتابه، والتي انحصر أثر الخلاف فيها بين الصحة والبطلان[١]، وهو ما أكده المنيعي في كتابه أيضا، وأكد على ترادف البطلان والفساد في العبادات، وردّ أسباب البطلان إلى اختلال شرط أو فرض أو واجب، أو حدوث منافٍ للعبادة[٢].

---

(١) جبريل المهدي، الصحة والفساد عند الأصوليين، ٤٣٨-٤٥٠.

(٢) المنيعي، البطلان ضابطه وتطبيقاته في العبادات، ٧٥-٢٥٣.

# المبحث الثاني

# المسائل التطبيقية الفقهية في النكاح

## المسألة الأولى: حكم نكاح الزانية.

إن اختيار هذه المسألة كان لورود نص ينهى عنها وهو قوله تعالى: ﴿ ...وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ... ﴾ النور، آية: (٣)، وإن أساس اختلاف الحنفية مع الجمهور كان في فهم نصوص النهي وأثرها في البطلان والفساد.

ولمّا كان الراجح في باب النكاح ترادف البطلان والفساد، واقتصار صور العقد فيه على حالين إما الصحة أو البطلان، جاءت مسائل هذا المبحث تدعيماً لهذه القضية من خلال دراسة أنكحة ورد النهي عنها بعينها صراحة، مع الاهتمام بآثار هذه العقود، والتي تفرعت عند العلماء إلى نوعين، مما جعل بعض المُحْدَثين يقسمون النكاح إلى باطل وفاسد، تبعاً للآثار. دون اعتماد أسباب واضحة فيها، علماً بأن هذه الآثار ارتبطت بالدخول واختلفت بين نوعين من الأنكحة المنهي عنها.

واختلفوا في مسألة نكاح الزانية على قولين إما تصحيح العقد وإماً إبطاله، وذلك تبعاً لاختلافهم في فهم دلالة الآية السابقة، واختلاف المفسرين في معناها، مع الأدلة الأخرى التي توجه فهم كل فريق، وتقيّد قوله بالصحة أو بالبطلان بشروط.

### تحرير محل الخلاف:

١- اتفقوا على صحة نكاح الزانية بعد التوبة والاستبراء[١].

قال ابن قدامة: إذا تحقق الشرطان حل نكاحها في قول أكثر أهل العلم، وخالف ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة، ويحتمل النهي عندهم لما قبل التوبة فقط[٢].

٢- نكاح الزانية لمن زنى بها جائز باتفاق بعد الاستبراء[٣].

---

(١) المرداوي، الإنصاف، ١٣٢/٨، نقل الاتفاق المرداوي.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥٦٤/٩.

(٣) المحقق، هامش التحقيق في مسائل الخلاف، ٤٥/٩.

٣- قال ابن عبد البر: "أنه لا خلاف بين العلماء قديماً ولا حديثاً في أنه لا يجوز لأحد أن يطأ حاملاً"[١]، ولعل عدم الخلاف في وطء الحامل من نكاح صحيح أو شبهة، بخلاف الزنا.

## آراء العلماء في المسألة:

**القول الأول**: يصح نكاح الزانية بشرط استبراء الرحم، وهو قول أبي يوسف من الحنفية[٢]، وقول المالكية[٣].

**القول الثاني**: لا يصح نكاح الزانية إلا بتحقق شرطين وهما: التوبة والاستبراء وهو قول الحنابلة[٤].

**القول الثالث**: يصح نكاح الزانية بدون شرط، حتى لو كان النكاح في العدة وهو قول أبي حنيفة ومحمد إلا أنهما يشترطان أن لا يطأ حتى تضع حملها[٥]. وهو قول الشافعي، ويجوّز نكاح ووطء الحامل من زنا، إذ لا حرمة للحمل[٦].

## أدلة العلماء في المسألة:

قد تشترك الأدلة بين القول الأول والثاني في شرط الاستبراء، وتختلف في شرط التوبة، لذا سأعرض الأدلة بحسب الشروط لا بحسب الأقوال.

---

(١) ابن عبد البر، الاستذكار، ١٧٨/١٦.

(٢) السمرقندي، خزانة الفقه، ١٨٢، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٥٣/٣، العيني، البناية، ٥٦٣/٤.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ١٠٥/٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤١٦/٣، ابن عبد البر، الاستذكار، ١٧٧/١٦.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٨٩/٥، ابن قدامة، المغني، ٥٦١/٩، ابن تيمية، الفتاوي، ٧٣/٣٢.

(٥) السمرقندي، خزانة الفقه، ١٨٢، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٥٣/٣.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٣٨٨/٣، ابن الجوزي، التحقيق في مسائل الخلاف، ٤٥/٩.

## أدلة اشتراط الاستبراء:

١- استدلوا بحديث رسول الله ﷺ: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره"[١]. ويفسر الحديث على وطء الحوامل فإن كانت الزانية حاملاً، فلا يحل نكاحها قبل الوضع[٢].

٢- وحديث أن النبي صلى الله عيه وسلم رأى امرأة مُجحاً[٣] على باب فسطاط، فقال لعله يريد أن يلمّ بها؟ قالوا: نعم. قال: "لقد هممت أن ألعنه لعناً يدخل معه قبره، كيف يورثه، وهو لا يحل له؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟"[٤]. فحرّم نكاحها لأنها حامل من غيره، كسائر الحوامل"[٥].

٣- وحديث النبي ﷺ: "لا توطأ حامل حتى تضع"[٦]. وما رواه ابن المسيب أن رجلاً تزوج امرأة فلمّا أصابها وجدها حبلى، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرّق بينهما وجعل لها الصداق، وجلدها مائة[٧].

أفاد مجموع الأحاديث تحريم نكاح الحامل، وهو النكاح في العدة، فالواجب أن تضع حملها أولاً، وأن لا يعقد نكاحها إلا بعد استبرائها.

---

(١) رواه أبو داود، سنن أبي داود، ٥٣/٣، ح/٢١٥١، باب (٤٥) في وطء السبايا برواية رويفع بن ثابت، رواه الترمذي، سنن الترمذي، ٢٠٤/٢، ح/١١٣١، باب (٣٤) ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل برواية رُوَيفع بن ثابت وقال أبو عيسى، حديث حسن.

(٢) ابن عبد البر، الاستذكار، ١٧٧/١٦، البهوتي، كشاف القناع، ٨٩/٥، ابن قدامة، المغني، ٥٦١/٩.

(٣) مُجحاً: قريبة الولادة، انظر النووي، شرح صحيح مسلم، ٢٥٦/١٠.

(٤) رواه مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ٢٥٦/١٠، ح(٣٥٤٧) باب تحريم وطء الحامل المسبية، برواية أبي الدرداء، قال النووي، معنى يلم بها، يطأها، والاستخدام يقصد به استخدام العبيد.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٥٦٢/٩.

(٦) أبو داود، سنن أبي داود، ٥٢/٣، ح/٢١٥٠، برواية أبي سعيد الخدري، باب (٤٥) وطء السبايا، تكملة الحديث "ولا غير ذات حمل حتى تحيض".

(٧) رواه البيهقي، السنن الكبري، ٢٥٥/٧، ح/١٣٨٩٤، قال البيهقي، الحديث مرسل وقد ثبت جواز نكاح الزانية المسلمة وأنه لا يفسخ بالزنا رواه أبو داود، سنن أبي داود، ٤١/٣، ح/٢١٢٤، برواية سعيد بن المسيب، بمعنى قريب منه وقال أبو داود عنه مرسل، باب (٣٨) الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى، انظر الأدلة، ابن قدامة، المغني،٥٦٢/٩، ابن الجوزي، التحقيق، ٤٨/٩.

## أدلة عدم اشتراط الاستبراء:

١- دليل أبي حنيفة ومحمد إذ لا يشترطان الاستبراء لعقد النكاح، ولكنها لو كانت حاملاً لا توطأ حتى تضع لمجموع الأحاديث السابقة، وقالا إن المنع من نكاح الحامل حملاً ثابت النسب لحرمة ماء الوطء ولا حرمة لماء الزنا، بدليل أنه لا يثبت النسب، وقال النبي ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"[١]. فليس للحمل حرمة تمنع جواز النكاح إلا أنها لا توطأ حتى تضع لما سبق[٢].

٢- واستدل الإمام الشافعي على جواز نكاح الزانية مطلقاً، بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ النور، الآية: (٣٢)، والتي تفيد إباحة النكاح مطلقاً، ويرى الشافعي أن هذه الآية ناسخة لقوله تعالى: ﴿الزَّانِي لاَ يَنكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ النور، الآية: (٣). وهو قول سعيد بن المسيب في تفسير الآية، ويؤيد النسخ دلائل الكتاب والسنة إذ إن الإجماع منقول عن أهل العلم على تحريم الوثنيات عفائف كن أو زناة على من آمن زانياً كان أو عفيفاً، وحرمة المسلمة على المشرك ولو كانت زانية، والإجماع حجة دالة على النسخ، ويؤكده قوله تعالى: ﴿فَلاَ تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لاَ هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلاَ هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ الممتحنة الآية: (١٠)[٣].

٣- وثبت أن رسول الله ﷺ جلد البكر الزاني ولا يُعلم عنه أنه قال للزوج، هل لك زوجة فتحرم عليك إذا زنيت[٤].

---

[١] رواه مسلم، صحيح مسلم مع شرح النووي، ٢٧٩/١٠، ح/٣٥٩٨، رواية عائشة باب الولد للفراش، وهو جزء من حديث.

[٢] كاساني، بدائع الصنائع، ٤٥٣/٣.

[٣] الشافعي، الأم، ٥٠٥/١٠.

[٤] الشافعي، الأم، ٥٠٥/١٠.

## أدلة اشتراط التوبة وهي للحنابلة:

١- استدل الحنابلة من قوله تعالى: ﴿...وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ النور، آية: (٣)، حيث تفيد الآية حرمة نكاح الزانيات، وهي قبل التوبة تعدّ من الزانيات، فيحرم نكاحها إذن قبل التوبة، وقال النبي ﷺ[1]: "التائب من الذنب كمن لا ذنب له"[2].

٢- واستدلوا بقصة مرثد الغنوي، إذ رُوي أن مَرثداً دخل مكة، فرأى امرأةً فاجرةً يقال لها عناقٌ، فدعته إلى نفسها، فلم يجبها، فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له: أنكِحُ عَناقاً؟ فلم يجبه فنزل قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لاَ يَنكِحُ إلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ النور، آية: (٣)، فدعاه الرسول، فتلا عليه الآية وقال: "لا تنكحها"[3]، لأنها لو كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تُلحق به ولداً من غيره[4].

٣- وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ: "لا ينكح الزاني المجلود إلا مثله"[5]. وفي الحديث دلالة على أن الزاني لا ينكح إلا زانية، وبعد التوبة لا يسمى زانياً[6]، ويحمل معنى الحديث على الزاني غير التائب لتقييده بنكاح مثله، ولبقاء وصف الزنا عليه.

٤- ما روي أن رجلاً من المسلمين استأذن رسول الله ﷺ في امرأة يقال لها أم مهزول كانت تسافح وتشترط له أن تنفق عليه، فاستأذن نبي الله ﷺ، فقرأ عليه الآية:

---

(١) رواه ابن ماجة، سنن ابن ماجة مع صحيح ابن ماجة للألباني، ٣٨٢/٣، ح/(٤٣٢٦). عن عبد الله، باب ذكر التوبة، قال عنه الألباني حسن، ورواه البيهقي، السنن الكبرى، ٢٥٩/١٠، ح(٢٠٥٦١) عن ابن عباس، باب شهادة القاذف.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥٦٣/٩.

(٣) رواه أبو داود، سنن أبي داود، ٧/٣، ح/٢٠٤٤ برواية عمرو بن شعيب، باب في قوله "الزاني لا ينكح إلا زانية"، والنسائي، السنن، ٣٧٤/٥، ح/٣٢٢٨.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥٦٣/٩، ابن الجوزي، التحقيق، ٥١/٩.

(٥) رواه أبو داود، سنن أبي دواد، ٨/٣، ح(٢٠٤٥)، برواية أبي هريرة، قال الشوكاني عنه نقلاً عن الحافظ: رجاله ثقات، انظر نيل الأوطار، ١٢٧١.

(٦) ابن الجوزي، التحقيق، ٥١/٩.

﴿ ...وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ﴾(١). وفيه دلالة على حرمة نكاح الزانية، فاشتراط التوبة عند الحنابلة، مفاده حرمة نكاح الزانية(٢)، حيث منع الرسول ﷺ نكاح هذه المرأة بنص الآية السابقة.

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

مَردّ الخلاف في مسألة نكاح الزانية بين الحنابلة والجمهور في جواز نكاحها بدون توبة، أو في اشتراط التوبة في قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لاَ يَنكِحُ إلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ النور، الآية: (٣)، واختلف المفسرون في دلالة هذه الآية على ستة أوجه ذكرها القرطبي هي: إما أن يكون المقصد من الآية التشنيع على الزنى وأنه محرم ويكون معنى قوله لا ينكح أي لا يطأ، فالزاني لا يطأ وقت زناه إلا زانية وهو مردود لأن النكاح في القرآن بمعنى التزويج، ومنها أنها نزلت في قصة مرثد الغنوي، ومنها أنها نزلت في قصة أم مهزول السابقة، ومنها أنها نزلت في أهل الصفة الذين همّوا بنكاح بغايا لينفقن عليهم، ومنها أنها تخص الزاني المحدود والزانية المحدودة، وهو معنى رفضه ابن العربي لأنه لم يثبت عنده نقلاً أن يوقف نكاح من حُدّ من الرجال على من حُدّ من النساء، والسادس وهو ما رجحه القرطبي أنها منسوخة بآية ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَى﴾ وهو اختيار الشافعي، ويكون معنى الآية أنه لا ينكح الزانية إلا زان أي إلا وهو راضٍ بزناها(٣).

ويرفض ابن تيمية القول بالنسخ، ويعتبره ضعيفاً –وهو ما استدل به الشافعي ورجحه– فالزنى في الآية وصف عارض كمعتدة الغير والمُحرِمة، ولو قدّر أنها محرّمة على التأبيد لكانت كالوثنية والأيامى في الآية الناسخة لم يتحدّد بها نوع المحرمات، وإنما هي أمر بإنكاح الأيامى مع الشروط، وكما أنها لا تنكح في العدة والإحرام فلا تنكح حتى تتوب(٤)، ويَرُدّ ابن تيمية على دعوى الإجماع على الناسخ، أن النصوص لا تنسخ

---

(١) رواية البيهقي، السنن الكبرى، ٢٤٧/٧، ح/ ١٣٨٥٩ عن عبد الله بن عمرو، كتاب النكاح، باب [١٤٥] نكاح المحدثين، وما جاء في قوله تعالى "الزاني لا ينكح إلا زانية".

(٢) ابن الجوزي، التحقيق، ٥٢/٩.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ١٦٧/١٢-١٧٠.

(٤) ابن تيمية، الفتاوى، ٧٥/٣٢.

بالإجماع، وإلا كان للأمة أن تبدل دينها بعد نبيّها[١]، والحق أن النسخ لا وجه له، لأن الآية أفادت معنى التنفير من نكاح الزانية وهو معنى ثابت لم ينسخ، ويبقى الخلاف في دلالتها على التحريم أو الكراهة.

والمعنى الذي يراه ابن تيمية، أن متزوج الزانية إن كان مسلماً عالماً بالحرمة فهو زانٍ مثلها، وإن لم يكن مسلماً فهو كافر[٢]، وأن نكاح الزانية مذموم عند الناس، واستدل على ذلك بمشاهدات وقصص، ومنها حادثة الإفك مع السيدة عائشة رضي الله عنها، فليست ذنوب المرأة طعناً بها بخلاف بغائها فإنه طعن عند الناس[٣]، ومن أهم أدلة ابن تيمية على تحريم نكاح الزانية، الأمر الوارد بنكاح المحصنات في قوله تعالى: ﴿...وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ... ﴾ المائدة، الآية: (٥)، حيث تفسر المحصنة بالإسلام والحرية والنكاح، والحرية تشمل معنى العفيفة من الزنى، لأن الحرة عند العرب لا تعرف بالزنى[٤].

وردّ الحنابلة وابن تيمية على من استدل على عدم تحريم نكاح الزانية أن النبي لم يفرّق بين الزاني وزوجته، بأن ما قالوه ليس محلاً للنزاع، فالحنابلة أيضا لا يرون فسخ العقد بالزنى بعد النكاح[٥]، فالزنى يمنع ابتداء العقد ولا يمنع دوامه[٦]. وهو قول عامة أهل العلم كما يرى ابن قدامة[٧]، وإن كان من المستحب مفارقتها[٨].

وشرط التوبة الذي يعتمده الحنابلة يقتصر أمره على ما قبل الدخول، أما بعده فلا، لأن الحنابلة يصرحون أن الزنى يمنع ابتداء العقد لا دوامه، وهذا في ظني غير منضبط بالقياس مع محرمات النكاح التي عرضها الفقهاء والتي يفسخ النكاح بها قبل الدخول

---

(١) ابن تيمية، الفتاوى، ٧٤/٣٢.

(٢) ابن تيمية، الفتاوى، ٧٥/٣٢.

(٣) المرجع السابق، وتحدث ابن تيمية بإسهاب عن آثار نكاح الزانية على الأسرة والزوج والأولاد من سوء التربية وضياع الحال.

(٤) ابن تيمية، الفتاوي، ٧٨/٣٢-٧٩.

(٥) المرجع السابق وانظر الرد أيضا ابن قدامة، المغني ٥٦٥/٩، الشوكاني، نيل الأوطار، ١٢٧.

(٦) ابن تيمية، الفتاوى، ٧٥/٣٢.

(٧) ابن قدامة، المغني، ٥٦٥/٩.

(٨) المرجع السابق وانظره عند المالكية، الحطاب، مواهب الجليل، ٤٢/٥.

وبعده، كمن نكح امرأة في عدتها أو نكح متعة أو نكح أخته من الرضاع وغيرها. كما وأن المرأة قد تنكح الرجل الزاني وهي لا تعلم وبالعكس، فهل يفسخ النكاح بأثر رجعي لابتدائه مع الزنى؟! بل ما سبب التفريق في التحريم بين ابتداء العقد ودوامه، إلا أن يكون المعنى ليس تحريما بل هو نصح وإرشاد وتوجيه إذ لو ثبت تحريما -والله أعلم- لكان الأمر واحداً قبل العقد وبعده.

ولعله من المحرمات التي لا تؤثر على صحة العقد، فحسن اختيار الزوجة ضرورة لازمة لاستقامة حال الأسرة وحسن رعاية الأبناء، وفساد ذلك يكون بزوجة زانية أو فاسقة وإن لم تزن كمن ترتكب محرماً من المحرمات غير الزنى.

وللحنابلة تصريح بعدم فسخ النكاح لو زنت قبل الدخول، إذ يقول البهوتي:

"وإن زنت قبل الدخول أو بعده لم يفسخ النكاح" وأضاف "أن الزنا معصية لا تخرج بها عن الإسلام وأشبه السرقة، ولكن لا يطؤها حتى تعتد، واستحب أحمد مفارقتها"[١] فإن كان الأمر عند الحنابلة كذلك، فلا يؤثر شرط التوبة على صحة العقد، وإن كان الأولى به أن لا ينكح زانية، ولا حاجة للقول بالنسخ في الآية لأن المعنى ثابت وصحيح ولا يتعارض مع قوله "وانكحوا الأيامى".

أما شرط الاستبراء فهو الأرجح والأولى، ولا صحة لما ذكر أنه لا حرمة لماء الزنى، لأن العدة أو الاستبراء لا تعنى فقط ما قالوا، وإنّما ثبتت استبراءً للرحم وإثباتاً للنسب وتحديداً لحقوق الوليد، فالابن النسبي يتمتع بحقوق لا يتمتع بها ابن الزنى، ووطء الحامل من الزنا أو الوطء في العدة قد يُشكل في تحديد هوية الجنين؛ وشدد المالكية على شرط الاستبراء، وقالوا بوجوب فسخ العقد لمن نكح في العدة وقبل الاستبراء[٢].

وبناء على ترجيح شرط الاستبراء دون شرط التوبة، فإن نكاح الزانية صحيح، بعد العدة، أما في العدة فهو فاسد أي مختلف في بطلانه لعدم الاتفاق على البطلان.

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ٨٣/٥.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، ٣٤/٥، الخرشي، حاشية الخرشي، ١٣٠/٤.

## المسألة الثانية: حكم نكاح المحرم.

اختلفت الروايات الواردة في نكاح المحرم بين دليل التحريم ودليل الإباحة، والذي تبعه اختلاف الفقهاء في حكم نكاح المحرم، وترجيح كل فريق للرواية التي يعتمدها، مما نتج عنه تصحيح العقد عند الحنفية وإبطاله عند جمهور الفقهاء وتصنيفه بين الأنكحة المختلف في فسادها.

فكان الاختلاف مردّه إلى تصحيح الروايات وتضعيفها، مما يدل على أن أسباب الاختلاف في هذه الأنكحة لا علاقة له بدلالة النهي فيها وأثره.

وقد تحدث المحدثون عن نكاح المحرم كمثال على الأنكحة الفاسدة مُستندين سبب الخلاف إلى اختلال شرط من شروط الصحة وهو انعقاده في الحج أو العمرة ونسبت التسمية إلى الحنفية لأنهم أصحاب مصطلح الفساد.

وحقيقة الأمر أن الخلاف لا علاقة له بشروط الصحة، وأن العقد صحيح عند الحنفية، وأنه مختلف فيه عند الجمهور والذي يطلق عليه الفساد ولكن ليس على اصطلاح الحنفية.

### آراء العلماء في المسألة:

**القول الأول**: يصح نكاح المحرم وهو قول الحنفية[١].

**القول الثاني**: يبطل نكاح المحرم وتكره خطبته وهو قول المالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

---

(١) العيني، البناية، ٥٤٥/٤.

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي، ١٨٤/٤.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٦٧/٧، الماوردي،الحاوي، ٣٣٥/٩.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٧١/٥، ابن قدامة، المغني، ١٦٥/٥، ٥٥/١٠.

## أدلة العلماء في المسألة:

### أدلة الحنفية:

١- ما روي ابن عباس عن النبي ﷺ أنه تزوج ميمونة وهو محرم[١].

فدل الحديث على صحة نكاح المحرم عندهم، وردّوا الروايات الأخرى، بأن النهي الوارد عن نكاح المحرم يحمل على التنزيه، كالنهي عن الخطبة على الخطبة ولو فعل صح النكاح[٢].

### أدلة الجمهور:

١- استدلوا بحديث رواه عثمان بن عفان عن الرسول ﷺ: "إن المحرم لا يَنكح ولا يُنكح"[٣]. ورواية أخرى عن عثمان بن عفان زاد مسلم[٤] فيها: "لا ينكح المحُرم ولا يُنكح ولا يخطب"[٥].

٢- واستدلوا بفعل الصحابة رضي الله عنهم، عمر وعلي، حيث فرّق عمر بين محرمين تزوجا[٦]، وقال على لمن تزوج "نزعنا منه زوجته ولم نجز نكاحه"[٧].

---

(١) مسلم، صحيح مسلم شرح النووي، ١٩٩/٩، ح/٣٤٣٧، ٣٤٣٨، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم.

(٢) العيني، البناية، ٥٤٩/٤.

(٣) مسلم، صحيح مسلم شرح النووي ١٩٦/٩، ح/٣٤٣٢، كتاب النكاح.

(٤) المرجع السابق، ١٩٦/٩، ح/٣٤٣٤، برواية عثمان بن عفان، و ح/ ٣٤٣٥ في معناه، وحديث برواية ميمونة رقم الحديث (٣٤٣٩).

(٥) انظر الأدلة، الشافعي، الأم، ٢٣١/٦، الماوردي، الحاوي، ٣٣٥/٩.

(٦) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ٣٤٧/٧، ح/١٤٢١٤ عن عمر، رواه أبو عثمان بن طريف.

(٧) المرجع السابق، ٣٤٧/٧، ح/١٤٢١٦ عن علي، وانظر الآثار الماوردي،الحاوي، ٣٣٥/٩، الجمل، حاشية الجمل، ٢٨٨/٦.

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

رد الجمهور أدلة الحنفية بأجوبة عديدة جمعها ابن قدامة والنووي في شرح الحديث وهي:

١- إن النبي تزوج ميمونة حلالاً كما رواه أكثر الصحابة حيث روته ميمونة وأبو رافع وغيرهما، بينما روى ابن عباس وحده أنه تزوجها محرماً، وميمونة وأبو رافع أعرف بالقضية من ابن عباس لتعلقهم بها، فميمونة أعلم بنفسها، وأبو رافع هو السفير بينهما.

٢- يؤول حديث ابن عباس على أنه تزوجها في الحرم وهو حلال، ويقال لمن هو في الحرم محرم وإن كان حلالاً.

٣- إن التعارض وقع بين قول النبي ﷺ وفعله، والصحيح عند الأصوليين، ترجيح القول لأنه يتعدى إلى الغير، والفعل قد يكون مقصوراً عليه.

٤- إن زواج النبي حال الإحرام مما اختص به دون أمته[١].

فإن كانت رواية ابن عباس -مع صحتها- خالفت رواية أكثر الصحابة[٢] وإن كان الجمع بين الروايات ممكناً كما ذكرت، فإن تحريم نكاح المحرم هو الأولى بالترجيح وهو قول جمهور العلماء، وليست رواية ابن عباس قولاً وإنما هي فعل، ولعله رحمه الله وَهِمَ كما قال سعيد بن المسيب[٣]، ولا يقبل تعليل الحنفية بأن النهي للتنزيه، فالجمع يكون للرواية الوحيدة التي خالفت مجموع الروايات وليس العكس، فلا تعتمد الرواية المفردة وتفسر مجموع الروايات المخالفة، ومحصلة الخلاف السابق، القول بصحة النكاح عند الحنفية وإبطاله عند الجمهور، بسبب تعارض الرواية بين الفريقين من حيث المعنى الظاهري، مما أنزل المسألة منازل الأنكحة المختلف في فسادها، ولا علاقة لهذا بدلالة

---

(١) انظر، ابن قدامة، المغنى، ١٦٣/٥، النووي، شرح صحيح مسلم، ١٩٧/٩، باب تحريم نكاح المحرم، الشوكاني، نيل الأوطار، ٩٤٦، وانظر الزركشي، شرح مختصر الخرقي، ٢٣٥/٥.

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار، ٩٤٦، وانظر الصنعاني، سبل السلام، ٥٧/٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٥.

النهي على الفساد أو البطلان، وهي ليست نكاحاً فاسداً باصطلاح الحنفية كما يقول المحدثون. بل هي إما صحيحة أو باطلة، وإن أصحاب مذهب الفساد، هم القائلون بالصحة، فعند من إذن يسمّى هذا العقد فاسداً؟ ولا يصلح إدراجه مع العقود التي فقدت شرطاً من شروط الصحة، فهو مختلف في فساده.

أمّا من حيث الآثار المترتبة عليه عند الجمهور القائلين ببطلان العقد، أنه يفسخ بغير طلاق عند مالك وسحنون، ويفسخ بطلاق عند ابن القاسم مراعاة للاختلاف[١].

وعند الحنابلة النكاح باطل، ويفسخ كنكاح المرأة على عمتها أو خالتها؛ ويفرق بينهما بطلقة[٢].

---

(١) ابن رشد البيان والتحصيل، ٣١٦/٤، ولم أجد عند الشافعية تصريحاً بآثار العقد.

(٢) ابن قدامة، المغني، ١٦٤/٥.

## المسألة الثالثة: حكم نكاح المرأة على عمتها أو خالتها.

بحثت هذه المسألة فقهياً من حيث الأثر المترتب عليها، أمّا حكمها من حيث الحل والحرمة، فهي ليست من المسائل الخلافية لصريح النص الوارد فيها، على ما سأذكره، فلا خلاف في بطلان هذا العقد.

ومما يسترعي الانتباه أيضا أن المحدثين، يعدّون هذه المسالة من أمثلة النكاح الفاسد الذي فقد شرطاً من شروط الصحة، أو الذي ثبت التحريم فيه بدليل ظني، فلا ينزل منزلة ما ثبت تحريمه بدليل قطعي، ويفرقون بين الجمع بين الأختين الذي ثبت تحريمه بالنص القرآني وتحريم الأمهات كذلك وبين تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها والذي ثبت بحديث آحاد، فيبطلون الأول ويفسدون الثاني، رغم أن حقيقة الأمر عند الفقهاء ليست كذلك، بل عند الحنفية بالذات يتساوى الجمع بين الأختين مع الجمع بين المرأة وعمتها من حيث الحكم والأثر، على ما سأبين.

**حكم الجمع:** محرم باتفاق العلماء[(١)]، وقال ابن عبد البر، "لا يجوز عند الجميع، وهو مجتمع عليه لا خلاف فيه، وتعسف بعضهم فجعله من الاختلاف"[(٢)]. وينسب الخلاف لأهل البدع كالروافض والخوارج[(٣)]، ولا يقدح رأيهم في الإجماع. ونقل ابن قدامة القول بالإجماع عن ابن المنذر[(٤)].

**دليل التحريم:**

حديث أبي هريرة عن رسول الله ﷺ: "لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها"[(٥)]. والحديث يعد من المشهور عند الحنفية[(٦)].

---

(١) انظر العيني، البناية، ٥٠٠/٤، الخرشي، حاشية الخرشي، ٢١٠/٤، الشافعي، الأم، ١٢/٦، البهوتي، كشاف القناع، ٨٠/٥.

(٢) ابن عبد البر، الاستذكار، ١٦٨/١٦.

(٣) الزركشي، شرح على مختصر الخرقي، ١٥٧/٥، وانظر النووي، شرح صحيح مسلم، ١٩٣/٩.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥٢٢/٩.

(٥) مسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٩٣/٩، ح/٣٤٢٢ باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها.

(٦) العيني، البناية، ٥٠٠/٤، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٣٠/٣.

والحديث مجمع على صحته، فيحرم على صريح معناه الجمع بين المذكورات في الحديث، لئلا يؤدي ذلك إلى قطيعة الرحم[١].

**آثار النكاح:**

عند الحنفية، حكمه كحكم الجمع بين الأختين، وهو ما صرّح به الكاساني، فبعد أن عرض آثار عقد الجمع بين الأختين والتي منها، فساد نكاحهما إن كانا بعقد واحد وإن افترقا يفسد نكاح الثانية، ويفرق بينهما، ولا مهر لها قبل الدخول ولا عدة، لأن الفاسد لا حكم له قبل الدخول، وإن دخل فلها المهر وعليها العدة، ثم عقب الكاساني: "وكذلك المرأة على عمتها وخالتها في جميع ما وصفناه"[٢].

عند المالكية: إن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، من الأنكحة المتفق على فسادها كنكاح المتعة، ويفسخ نكاح الثانية بلا طلاق[٣]. وبالنسبة للمهر والعدة فقد ثبت من الفصل الرابع أن المالكية يوجبون المهر والعدة في الأنكحة المتفق على فسادها والمختلف فيها.

عند الشافعية: يفسخ نكاح الثانية دخل بها أو لم يدخل لأنه نكاح باطل[٤].

ولم يرد تصريح بحكم المهر والعدة. ولكن الشافعية يوجبون المهر والعدة في كل دخول سواءأفي نكاح صحيح أو باطل، كما أشرت في الفصل الرابع.

عند الحنابلة: النكاح باطل، ويفسخ نكاح الثانية، وهو بإجماع أهل العلم وليس فيه اختلاف معتبر[٥]، لذا أظنه يصنف مع الأنكحة الباطلة عندهم ولم أجد تصريحاً عند الحنابلة بآثار الجمع بين المرأة وعمتها، ولكن إن ثبت أنه مع الأنكحة الباطلة فله الآثار نفسها المذكورة في الفصل الرابع.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٣٧/٣، الشربيني، مغني المحتاج، ١٨٠/٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٣٨/٣-٤٣٩، وانظر العيني، البناية، ٥٢٠/٤.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ٢١٠/٤، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٦٤/٣-٦٥، وتقرير عليش معه، ٦٦/٣.

(٤) الشافعي، الأم، ١٢/٦، الماوردي، الحاوي، ٢٠٤/٩، الشربيني، مغنى المحتاج، ١٨٠/٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٥٢٢/٩.

## أثر الاتفاق:

لم تكن المسألة خلافية بين الحنفية والجمهور، فالجميع مجمع على بطلان الجمع ولا عبرة بمخالفة أهل البدع، ولكن آثار العقد والدخول هي محل الدراسة في المسألة.

وعليه فإن الجمع بين المرأة وعمتها من الأنكحة المتفق على بطلانها، فالراجح أنه نكاح باطل، وليس فاسداً، عند من يفرّق بين البطلان والفساد في الأنكحة من المحدثين، فلم يذكر عند أي من المذاهب القول بفساده أو الاختلاف فيه وإن ثبت النهي فيه بخبر الآحاد، بل لم يفرّق الحنفية بين التحريم بالنص والتحريم بخبر الآحاد. ولا يعترض على هذا بأن الحديث مشهور، ومن أورد التفريق بين تحريم الدليل القطعي والظني، ضرب مثال الجمع على التحريم بدليل ظني، والتفريق بحسب نوع الدليل ولا وجود له عند الحنفية ولا الجمهور، ولم يصرح أحدهم بأن نوع الدليل يفرّق بين المتفق على بطلانه والمختلف فيه.

وبالنسبة للآثار فيغلب على الجمهور إثبات العدة والمهر، مع أن الحنابلة لم يصرحوا، ولكن مذهبهم في الأنكحة الباطلة، أنه لا عدة واختلف في المهر، ولعل منهج الجمهور هو الأرجح لأن شبهة العقد تكفي في إثبات المهر والعدة، وإن كان العقد باطلاً. إلا إذا علم الناكح بالتحريم فيجب الحد لا المهر، أما العدة فهي تثبت دائماً للاستبراء.

# المبحث الثالث

# المسائل التطبيقية الفقهية في المعاملات.

## المسألة الأولى: البيع بالخمر والخنزير.

أجمع المسلمون على تحريم الخمر والخنزير بدلالة قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ المائدة، الآية: (٩٠). وبالحديث الوارد في صحيح البخاري قال رسول الله ﷺ: "إن الله حرّم بيع الخمر والميتة والخنزير"[١].

إلا أن الحنفية اختلفوا مع الجمهور في حكم البيع بالخمر والخنزير، بأن يكون المبيع طاهراً متقوماً والثمن خمراً أو خنزيراً، حيث يفرق الحنفية بين الخلل في المبيع والخلل في الثمن، بينما يساوي الجمهور بين الأمرين فكلاهما يبطل العقد.

### آراء العلماء في المسألة:

**القول الأول**: إن البيع بالخمر والخنزير فاسد وهو قول الحنفية[٢].

**القول الثاني**: إن البيع بالخمر والخنزير باطل وهو قول المالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥].

---

(١) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٤٢٥/٤، باب (١١٢) بيع الميتة والأصنام، ح/٢٢٣٦، برواية جابر بن عبد الله.

(٢) ابن الهمام، فتح القدير، ٣٦٨/٦، ابن عابدين، رد المحتار، ٧/٧.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ٥٧/٦، الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٧٩/٥.

(٤) الكوهجي، زاد المحتاج، ٧/٢.

(٥) البهوتي، كشاف القناع ١٥٢/٣١، ابن قدامة، الكافي، ٦/٢.

## أدلة العلماء في المسألة:

### أدلة الحنفية:

١- استدل الحنفية على فساد العقد، بأن الثمن إذا لم يكن مالاً في دين سماوي فالبيع باطل، والبيع بالميتة وبالحر باطل، وكذا بيعهما، وإن كان مالاً في بعض الأديان دون بعض فالبيع فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال، وذلك إذا كان ثمناً، فإن كان مبيعاً فالبيع باطل[١]، والحق أنه استدلال بعيد يسوقه الحنفية اعتماداً على نظرة الشرائع الأخرى لإثبات أمر غير مشروع في شريعتنا.

٢- إن الثمن غير مقصود، بل هو وسيلة إلى المقصود، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان، لذا يشترط في البيع وجود المبيع دون الثمن، وينفسخ البيع بهلاك المبيع دون الثمن[٢].

ويفرق الحنفية بين شروط المعقود عليه وشروط الثمن، إذ إن فقد الأولى يبطل العقد، وفقد الثانية يفسده[٣].

### أدلة الجمهور:

لم يفرق الجمهور بين شروط المبيع والثمن، إذ كانوا يعرضون الشروط بصفة عامة، فمثلاً، يقول المالكية، شروط المعقود عليه، وهو يشمل الثمن والمثمن[٤] ويقول الشافعية شروط المبيع ولو كان ثمناً[٥]، أما الحنابلة فيجمعون بين شروط المبيع والثمن[٦]، لذا كان الحديث في الشروط عاماً ولا يخص الثمن، ومن أدلتهم على تحريم الخمر والخنزير:

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ٧/٧-٨. وانظر ابن الهمام، فتح القدير، ٣٦٨/٦.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ٨/٧.

(٣) المرجع السابق، ١١/٧.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، ٥٧/٦، الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٧٩/٥، الصاوي، بلغة السالك، ٥/٣.

(٥) ابن حجر، تحفة المحتاج، ٨٩/٢، قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ٢٥١/٢.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ١٥٢/٣، ابن قدامة، الكافي، ٦/٢.

١- قوله ﷺ [١]: "إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام"[٢]. وقال ابن حجر: و"أجمعوا على تحريم بيع الميتة والخمر والخنزير"[٣] وأن علة الحرمة في منع بيعها هو النجاسة فيتعدى إلى كل نجاسة[٤].

٢- واستدل الحنابلة على الحرمة بعدم تحقق شرط الرضى في البيع، والرضى شرط لقوله تعالى: ﴿ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ النساء، الآية: ٢٩[٥].

٣- ومما يستدل للجمهور على تحريم بيع الخمر والخنزير، النصوص العامة الواردة في حرمتهما، كقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ ﴾ المائدة، الآية: (٣)، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنْصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ﴾ المائدة، الآية: (٩٠)، وفسر القرطبي قوله اجتنبوه، مطلق الاجتناب الذي لا ينتفع معه بشيء بوجه من الوجوه؛ لا بشرب ولا بيع ولا تخليل ولا مداواة ولا غير ذلك[٦]، وقال ابن حزم "متى حَرُم شيء فحرام ملكه وبيعه والتصرف فيه وأكله على عموم تحريمه"[٧].

## الترجيح وأثر الاختلاف:

لم يعارض الحنفية أدلة جمهور العلماء في تحريم الخمر والخنزير، ولكنهم فسروها على تحريم المبيع[٨]، معتمدين على قواعدهم في التفريق بين الثمن والمبيع، فالمبيع غاية والثمن وسيلة، وهو يوافق الفرق بين الأصل والوصف، فالخلل الحاصل في الأصل وهو

---

(١) انظر الدليل، الحطاب، مواهب الجليل، ٥٧/٦، ابن حجر، تحفة المحتاج، ٨٩/٢، ابن قدامة، الكافي، ٦/٢.

(٢) تم تخريجه ص ٢٣٠.

(٣) ابن حجر، فتح الباري، ٤٢٦/٤.

(٤) المرجع السابق، ٤٢٥/٤.

(٥) ابن قدامة، الكافي، ٣/٢.

(٦) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٢٨٩/٦.

(٧) ابن حزم، المحلى، ٤٩١/٧.

(٨) ابن الهمام، فتح القدير، ٣٦٩/٦.

المبيع يبطل العقد، والخلل الحاصل في الوصف وهو الثمن التابع للعقد يفسد العقد، وبهذا تكون هذه المسألة تطبيقاً عملياً مع قواعد الحنفية الأصولية.

إلا أن توجيه الحنفية للمسألة وفق قواعد الأصول، أفرغ النصوص الدالة على التحريم من شمول المعنى، وهو الأولى والأرجح، فقد ثبت تحريم الخمر والخنزير عينا وبيعاً بأكثر من نص، تحريما شاملاً للتعامل بهما ثمناً ومبيعاً، وليس من الحكمة الفصل بين حكمها ثمناً وحكمها مبيعاً، وتفسير النص بما لا يحتمل، فكان مذهب الجمهور في عدم التفريق هو الأولى والأرجح، ولا يقبل أيضاً التفريق بين ما هو مال في دين سماوي فيفسد العقد به، وما ليس بمال فيبطل العقد به. لأنها تفرقة لا تقوم على أساس شرعي ولا دليل نصي.

فمسألة البيع بالخمر والخنزير وإن طابقت قواعد الحنفية، وكانت ثمرة الخلاف بينهم وبين الجمهور في باب المعاملات، إلا أن مذهب الجمهور فيها أولى بالاتباع لاعتماده أدلة نصية صريحة في الحرمة، دون تفريق بين ثمن ومثمن، ويقاس عليه في أيامنا كل ما يتعاقد عليه بثمن محرم سواء لانتفاء المالية أو عدم التقوم.

## المسألة الثانية: بيع المضطر.

ترتبط مسألة بيع المضطر ببيع المكره، للتشابه بين الاثنين، مما جعل بعض الفقهاء يحكمون عليها بالحكم نفسه، واعتبر بعضهم الآخر المضطر نوعاً من أنواع الإكراه، على ما سأوضحه.

المضطر لغة: من الاضطرار والاحتياج إلى الشيء، ورجل ذو ضرورة أو ذو ضارورة أي ذو حاجة فقد اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه[١].

المضطر اصطلاحاً: قيل هو من اضطرته الحاجة والفاقة لبيع شيئه[٢].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ٤٨٣/٤، مادة ضرر.

(٢) أبو عبد الله المالكي، ميارة الفاسي،٢/٢٠.

وقيل هو الشخص الذي تدفعه الضرورة لإنشاء تصرف معين فيجبر على السبب الدافع إلى التعاقد[١]، ومثاله أن يضطر شخص إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه، فيبيع ما في يده بالوكس[٢].

وفرّق بعض المحدثين بين المكره والمضطر بما يلي[٣]:

**أوجه الشبه:**

١- يشترك كل من المكره والمضطر في كون الفعل قد صدر عنهما باختيارهما وقد استقلا به، مع فقدان عنصر الرضا، والاختيار من المكره لا يتحقق في كل صور الإكراه، فمنها ما ينعدم فيه الاختيار.

٢- يشترك المكره والمضطر في الإعفاء من الإثم والمسؤولية الجنائية، إذ إنهما من الأعذار المرخصة لإجراء فعل ممنوع.

**أوجه الاختلاف:**

١- الاختلاف في السبب، فالمكره مدفوع من قبل إنسان آخر بوسيلة إكراه، أما المضطر فلا يد للإنسان في إحداث ضرورته، وإنما هي وليدة ظروف صعبة.

٢- الإكراه إذا كان ناقصاً لا يعتبر ضرورة، فالنسبة بينهما نسبة عموم وخصوص، وذلك أن الإكراه في الفقه الإسلامي يعتبر سبباً من أسباب الضرورة، فالإكراه لابد فيه من وجود الحمل من قبل إنسان آخر، بينما الضرورة من الضر وكل ما يتضرر به الإنسان فيبلغ حد الإلجاء فهو ضرورة، وقد يكون بالإكراه أو غيره، لذا يكون الإكراه فرداً من أفراد الضرورة.

٣- في حالة الضمان، يكون المضطر ضامناً، أما المكره فليس عليه ضمان وإنما ينسب الإتلاف إلى الشخص الذي أكرهه فيكون ضامناً، إذا صحت نسبة الإتلاف للحامل.

---

(١) مصطفى نجيب، ١٩٩٤، عيوب العقد في المعاوضات المالية، رسالة دكتوراه، جامعة الزيتونة، تونس، ص٧٠.

(٢) النووي، المجموع، ١٦١/٩.

(٣) المعيني، الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية، ٤٣-٤٤.

وتفريق الفقهاء بين المكره والمضطر يظهر من كلام النووي في المجموع[١]:

"إن بيع المضطر يكون على وجهين، أحدهما أن يضطر إلى العقد من طريق الإكراه عليه فلا ينعقد العقد، الثاني أن يضطر إلى البيع لدين أو مؤنة ترهقه فيبيع ما في يده بالوكس" ويتحدث المالكية عن شرط البائع التكليف، فلا يلزم بيع المكره، وأن الإجبار والإكراه عندهم على نوعين الأول الجبر المحرم سواء كان على ذات البيع أو على دفع مال ظلماً فيبيع شيئاً من ماله لدفع المطلوب والثاني الجبر الشرعي كجبر القاضي المديان على البيع للغرماء، وكالمضغوط في دين لزمه[٢].

والنوع الثاني عند المالكية هو ما يسمّى بيع المضطر، كما دلت عليه الأمثلة عند الفقهاء، واتفقوا على عدم لزوم العقد في حالة الإكراه على البيع، واختلفوا في لزومه في حالة الإكراه على دفع مال ظلماً، لأن الإكراه لم يقع على ذات البيع، أما الجبر الشرعي فالبيع فيه ماضٍ ولا يفسخ[٣].

**آراء العلماء في المسألة:**

القول الأول: البيع فاسد وهو قول الحنفية[٤].

القول الثاني: البيع صحيح وهو قول جمهور العلماء من المالكية[٥] والشافعية[٦] والحنابلة[٧].

## أدلة العلماء في المسألة:

أدلة القول الأول: يستدل لأصحاب هذا القول بأدلة النهي التالية:

---

(١) النووي، المجموع، ١٦١/٩.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، ٤١/٦، الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٦٨/٥-٢٦٩، ويسمى بيع المكره عند المالكية بيع المضغوط، انظر ما سبق، وأبو عبد الله، ميارة الفاسي، ٢٠/٢.

(٣) أبو عبد الله، ميارة الفاسي، ٢٠/٢.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار، ١٨١/٧، السغدي، النتف، ٤٦٨/١.

(٥) أبو عبد الله، ميارة الفاسي، ٢٠/٢.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٨٧/٣، المجموع، ١٦١/٩.

(٧) البهوتي، كشاف القناع، ١٥٠/٣، ابن مفلح، المبدع، ٧/٤، ابن تيمية، الفتاوى، ١٦٥/٢٩.

١- ورود النهي في بيع المضطر، من حديث علي بن أبي طالب، أنه خطب الناس، فقال: "سيأتي على الناس زمان عضوض، يعضّ الموسر على ما في يده، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: ﴿ ... وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ... ﴾ البقرة، الآية: (٢٣٧)، ويُبايع المضطرون"، وقد نهى رسول الله ﷺ عن "بيع المضطر، وبيع الغرر وبيع الثمرة قبل أن تُدرك"[١].

٢- ما رواه البيهقي عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يركبن رجل بحراً إلا غازياً أو معتمراً أو حاجاً، فإن تحت البحر ناراً وتحت النار بحراً وتحت البحر ناراً ولا يشتري مال امرئ مسلم في ضغطه"[٢].

لم يتعرض الحنفية لأدلة فساد بيع المضطر، ولعلها تندرج عندهم ضمن أحكام بيع المكره والذي اختلفوا في حكمه بين القول بالفساد أو بأنه موقوف، على أنهم يرجحون القول بالفساد[٣]، وقد استدلوا بدليل[٤] يصلح إفادته بفساد بيع المضطر عندهم وهو قول النبي ﷺ: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"[٥].

---

(١) رواه أبو داود، سنن أبي داود، ١٣٥/٤، ح/(٣٣٧٥)، كتاب البيوع، باب (٢٦) بيع المضطر، برواية شيخ من بني تميم، علق الخطابي والنووي على الحديث، أن إسناده ضعيف، لأن شيخ بني تميم مجهول، وقال البيهقي روي من أوجه عن علي وابن عمر وكلها غير قوية، انظر الخطابي، معالم السنن، ٧٥/٣ النووي، المجموع ١٦١/٩، البيهقي، السنن الكبرى، ٢٩/٦، ح/١١٠٧٧، وقال ابن حزم أن الخبر مرسل، انظر المحلى، ٥١١/٧.

(٢) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ٢٩/٦، ح(١١٠٧٨)، باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره، ونقل التهانوي، في أحد رواة الحديث أنه مجهول، انظر إعلاء السنن، ٢١٥/١٤، وقال النووي عن إسناده ضعيف ونقل عن البخاري أنه لا يصح الحديث انظر المجموع، ١٦١/٩، وانظر الدليلين الأول والثاني، النووي، المجموع، ١٦١/٩، النووي، الروضة، ٨٧/٣، القاري، مشكاة المصابيح، ٧٦/٦، ابن مفلح، المبدع، ٧/٤، ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ٢١٥/٢.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ٩/٧.

(٤) المرجع السابق، ١٨١/٧.

(٥) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ١٦٦/٦، ح(١١٥٤٥) عن أبي حرة الرقاشي عن عمه، كتاب الغصب، باب من غصب جارية، قال الشوكاني: في إسناد الحديث علي بن زيد بن جدعان وهو ضعيف، وأخرجه الدارقطني برواية أنس وفي إسناده مجهول، وأخرجه الحاكم وفي إسناده ضعف، انظر نيل الأوطار، ص١١٤٨، ح/٢٤٢٦.

وشرط الاضطرار عندهم -فيما يستفاد- أن يكون الشراء أو البيع بدون ثمن المثل بغبن فاحش، ويستثنى من بيع المضطر ما يصادره السلطان لوفاء دين[١].

٣- ويستدل للحنفية أيضاً بآثار ذكرها ابن أبي شيبة في النهي عن بيع المضطر ومنها[٢]:

أ- عن ابن عمر قال: "لا يباع من مضطر".

ب- عن محمد بن سيرين قال: "كان شريح لا يجيز بيع الضغطة".

ت- عن أبي مغفل قال: "بيع المضطر ربا".

**أدلة القول الثاني:**

١- يستدل لهذا القول، بقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ البقرة، الآية: (١٧٣)، ويحمل معنى اضطر في الآية على حالة العدم والجوع، فيصح أكل المحرمات المذكورة في الآية وهي الدم والميتة ولحم الخنزير[٣]، وعليه يقاس بيع المضطر وشراؤه، وهو من حاجياته أو من ضرورياته تماماً كاحتياجه إلى ما يسد رمقه.

٢- ويستدل لهم أيضاً بالحديث الوارد في صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: بينما نحن في المسجد إذ خرج علينا رسول الله ﷺ، فقال: "انطلقوا إلى يهود، فخرجنا معه حتى جئنا بيت المدراس. فقام النبي ﷺ فناداهم: يا معشر يهود أسلموا تسلموا، فقالوا: بلّغت يا أبا القاسم، فقال: ذلك أريد، ثم قالها الثانية، فقالوا: قد بلغت يا أبا القاسم، ثم قالها الثالثة، فقال: اعلموا أن الأرض لله ورسوله وإني أريد أن أجليكم، فمن وجد منكم بماله شيئاً فليبعه وإلا فاعلموا أنما الأرض لله ورسوله"[٤]. وقد علق ابن حجر على الحديث أنه في بيع المضطر وليس المكره، فاليهود لم يلزموا ببيع أرضهم ولكنهم شحوا على أموالهم فاختاروا بيعها فصاروا كأنهم

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ١٨١/٧.

(٢) انظر مجموع الآثار، ابن أبي شيبة، المصنف، ١٧٩/٦، كتاب البيوع والأقضية، باب (٧٨) الشري من المضطر.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٢٢٥/٢.

(٤) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٣٢/١٢، ح/٦٩٤٤، كتاب الإكراه.

اضطروا إلى بيعها كمن رهقه دين فاضطر إلى بيع ماله فيكون جائزاً ولو أكره عليه لم يجز[١].

٣- أنه لا يقاس المضطر على المكره، لأنه يتصرف لمصلحته الشخصية دون إكراه من أحد[٢].

٤- استدل ابن حزم على صحة البيع، أنه لو بطل ابتياع المضطر، لبطل بيع كل من لا يصيب القوت من صنيعته، ولقد ابتاع النبي أصواعاً من شعير لقوت أهله، ومات ودرعه مرهونة في ثمنها، فصحَ أن بيع المضطر إلى قوته وقوت أهله، بيع صحيح لازم[٣].

ولم أجد تصريحاً لجمهور الفقهاء بأدلة. دالة على صحة بيع المضطر، بل كانوا يستدلون بأحاديث النهي السابقة، مع ردّها لأنها ضعيفة[٤]، أو أنها تحمل على صحة بيع المضطر، وعدم صحة بيع المكره[٥].

والأولى في حق المضطر عند بعض الفقهاء؛ أن لا يترك حتى يبيع ما له ولكن يعان ويقرض ويستمهل له إلى الميسرة حتى يكون له فيه بلاغ، فإن عقد البيع صح ولكنه مكروه[٦]، وصنّف الشافعية في كتبهم الفقهية بيع المضطر ضمن المناهي التي لا تقتضي الفساد، والتي يحمل النهي فيها لمجاور[٧].

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

يستدل من مجموع الأدلة السابقة أن المضطر غير المكره، وأن حالات الاضطرار مردّها حاجات شخصية بخلاف الإكراه، فالمضطر أراد البيع ورضيه لحاجة نفسه بخلاف المكره الذي يجبر على البيع بمؤثر خارجي، وما ورد من أحاديث وأدلة في النهي عن بيع

---

(١) ابن حجر، فتح الباري، ٣٣٢/١٢.

(٢) مصطفى نجيب، ١٩٩٤، عيوب العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الزيتونة، تونس، ص٧٠.

(٣) ابن حزم، المحلى، ٥١١/٧.

(٤) النووي، المجموع، ١٦١/٩.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٨٧/٣.

(٦) الخطابي، معالم السنن، ٧٥/٣، ونقله عنه النووي، المجموع، ١٦١/٩.

(٧) النووي، روضة الطالبين، ٨٧/٣.

المضطر فتحمل على الكراهة لا الحرمة، لأن أحوال المضطرين كثيرة ومتعددة ولا يمكن إبطال بيوعهم، لأن ذلك زيادة في الاضطرار عليهم وقد يفهم من النهي أن الأولى مساعدة المضطرين وإعانتهم بالمال والطعام، دون البيع والشراء الذي يبخسهم حقهم، ولكن لو فُقد المعين والمساعد لهؤلاء وكانت بيوعهم باطلة لازداد الأمر سوءاً، ولعل النهي في الأحاديث يحمل على المكره لا المضطر، وأضف إلى هذا ضعف الروايات الواردة في النهي عن بيع المضطر، أما الحديث الوارد في صحيح البخاري الدال على صحة بيع المضطر، مقدّم على ما سبق عرضه من أحاديث النهي والتي لم تصح عند جمهور العلماء فقالوا بصحة بيع المضطر عملاً بعموم حل البيع.

أما الحنفية فقياسهم المضطر على المكره دفعهم للقول بفساد العقد، ونظرتهم هذه توافق تفريقهم بين الأصل والوصف، وفقد شرط من شروط الصحة وهو الإكراه وعدم الرضا الذي أدى إلى فساد العقد عندهم.

والحق أن أحوال المضطرين وحاجات المعوزين في أيامنا هذه كثيرة ومتعددة مع قلة المحسنين، وشح العطاء وتعطيل فريضة الزكاة، ولولا صحة البيع والشراء لما تيسّر لهؤلاء تلبية الحاجات، وأمثلتهم كثيرة كالبيع بدواعي السفر، أو للإفلاس.

## المسألة الثالثة: بيع الرجل على بيع أخيه.

اختلف العلماء في حكم بيع الرجل على بيع أخيه تبعاً لمعنى ودلالة النهي الوارد فيها، وتعدّ هذه المسألة من آثار الخلاف الأصولي في مسائل المنهي عنه لمجاور كما صرّح الأصوليون سابقاً، لذا اخترت بيانها تطبيقاً للخلاف السابق واستعراضاً للآراء الفقهية الواردة في حكمها.

ولقد وردت أدلة النهي عن بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سوم أخيه على ما سأوضح، واختلطت مفاهيم الفقهاء في التفريق بين المعنيين على النحو التالي:

### الفرق بين بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سوم أخيه عند الفقهاء:

اختلف فقهاء المذاهب في التفريق بين معنى البيع على بيع أخيه والسوم على سومه على عدة أقوال منها:

١- منهم من رادف في المعنى بينهما، حيث فسّر البيع بمعنى السوم، وهو منقول عن الحنفية[١]، وبعض المالكية، وهو بمعنى الزيادة في الثمن على عطاء الغير[٢].

٢- منهم من فرّق بينهما على معنى أن البيع على بيع أخيه هو أن يقول: "أنا أبيعك مثل هذه السلعة بأنقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة"، وأن السوم بمعنى الشراء[٣].

٣- منهم من فرّق بينهما ولكن على معنى آخر وهو أن السوم هو الزيادة في الثمن، فيعرض المشترى الشراء بثمن أعلى وأن البيع على البيع متعلق بالمثمن وهو السلعة بأن يعرض البائع سلعة أفضل بنفس الثمن[٤].

٤- ومنهم من فرّق بينهما بما هو أدق من ذلك كله وهو مذهب جمهور العلماء بأن البيع على بيع أخيه هو أن يقول لمن اشترى السلعة في زمن خيار المجلس والشرط "أفسخ لأبيعك خيراً أو أرخص"[٥]، فيكون البيع على بيع أخيه بعد انعقاد العقد وفي زمن الخيار، أما سومه على سوم أخيه فهو أن يتساوم الرجلان فيطلب البائع ثمناً ويرضى المشتري فيأتي آخر ويدخل على السوم الأول ويشتري بذلك الثمن أو زيادة[٦]. والسوم هو ما يكون قبل العقد[٧].

وبذلك يكون الفرق أن السوم قبل انعقاد العقد، والبيع على بيعه هو ما يتم بعد انعقاد العقد، وهذا التفريق تبعاً لدلالة المعنى في كلٍ منهما، وقد ورد النهي في الأمرين معاً،

---

(١) نقله عن الحنفية تصريحاً، الرافعي، العزيز، ١٢٩/٤، ويفهم عن الحنفية بالمعنى، الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٧.

(٢) النفراوي، الفواكه الدواني، ١٧٦/٢، وانظر القول بالترادف عن المالكية، ابن عبد البر، الاستذكار، ٦٦/٢١.

(٣) ابن الهمام، فتح القدير، ٤٣٧/٦.

(٤) النفراوي، الفواكه الدواني، ١٧٦/٢، نسبه لبعض المالكية.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٨٠/٣، الرافعي، العزيز، ١٢٩/٤، البهوتي، كشاف القناع، ١٨٣/٣، المرداوي، الإنصاف، ٣٣١/٤، ابن مفلح، المبدع، ٤٥/٤.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٨٠/٣.

(٧) المرداوي، الإنصاف، ٣٣١/٤.

وهو أولى من قولنا بالترادف بين اللفظين ليكون للفظ الحديث دلالات متباينة خاصة وأن النهي عنهما ورد في حديث واحد.

**تحرير محل الخلاف:**

١- أجمعوا على تحريم بيع الرجل على بيع أخيه[١].

والذي يترجح لدي من خلال استقراء أقوال الفقهاء ونصوصهم في الأمر أن التحريم يشمل البيع والسوم، وأن شرط الحرمة هو حصول الرضا بالثمن والسلعة بين البائع والمشتري، وهو ما يسمّى عند بعضهم أن يتراكنا أو حصول الركون. ويستثنى من القول بالحرمة كلام القاضي ابن كج من الشافعية أنه لا يحرم لو كان في البيع غبنٌ مفرط، لأنه من باب النصيحة[٢].

٢- اختلفوا في صحة العقد المبرم بعد السوم والبيع على بيع أخيه، منهم من أجازه بإطلاق ومنهم من اكتفى بالقول أنه ضمن المناهي الدالة على عدم الفساد، ومنهم من اختلف القول بين فقهائهم بين الفسخ وعدم الفسخ. ومنهم من فسخ العقد إذا وقع بعد بيعه على بيع أخيه، وأجازه إذا وقع بعد سومه على سوم أخيه[٣].

٣- اتفق معظمهم على أن النهي لا يقتصر على المسلم بل يشمل الذمي أيضاً[٤].

---

(١) ابن حجر، فتح الباري، ٣٥٣/٤، الشوكاني، نيل الأوطار، ١٠٤٥، والسيل الجرار، ٨٥/٣.

(٢) انظر النووي، الروضة ٨٠/٣، ابن كج هو: يوسف بن أحمد بن يوسف بن كج الدينوري، الشافعي القاضي الإمام أبو القاسم صحب أبا الحسن بن القطان، وارتحل الناس إليه من الآفاق، وقتله العيارون بالدينور في ٢٧ رمضان سنة ٤٠٥هـ، انظر السبكي، طبقات الشافعية، ٢٩٤/٣، رضا كحالة، معجم المؤلفين، ١٤٤/٤.

(٣) ستوضح تفصيلات المذاهب ومراجعها بعد بيان أقوال العلماء، وإن كانت الفروق بينهم غير ظاهرة ويصعب ضبطها لكن هذا ما وصل إليه فهمي واستنتاجي.

(٤) ابن عبد البر، الاستذكار، ٦٨/٢١، الباجي المنتقي، ٥٢٣/٦، الزرقاني، شرح الزرقاني، ٣٣٨/٣، قليوبي وعميرة، الحاشية، ٢٩١/٢.

## آراء العلماء في المسألة:

وهو في حكم فسخ العقد في الصورة المذكورة آنفاً.

**القول الأول:** صحة العقد وعدم بطلانه مطلقاً، وهو قول الحنفية وقول للمالكية، والشافعية، ورواية عن الحنابلة، فالحنفية لم يفرقوا بين البيع والسوم بوضوح، ونصوا على الكراهة التحريمية[١]، وأن البيع مشروع وشرطه أن يتراضيا بثمن ويقع الركون[٢]. أما المالكية فالنهي عندهم بعد الركون[٣]، ونقل ابن عبد البر رواية عن مالك أن الأولى عدم الفسخ[٤]، ورواية سحنون عن القاسم أنه لا يفسخ[٥].

ويصنف الشافعية بيع الرجل على بيع أخيه ضمن المناهي التي لا تقتضي الفساد[٦]، وينص ابن حجر الهيتمي على الحرمة بعد التصريح بالبيع واستقرار الثمن، مع لزوم البيع[٧].

وصرح البهوتي بأن السوم حرام والبيع بعده صحيح، ونقل ابن قدامة أن البيع مختلف فيه قيل حرام ويبطل لأن النهي يقتضي الفساد، وقيل البيع صحيح لأن المحرم هو عرض السلعة[٨].

ونقل المرداوي خلافاً في حكم عقد البيع بعد السوم أي قبل تمام العقد الأول، وإن كان الصحيح في المذهب، عدم صحة العقد الثاني[٩].

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ٤٤٠/٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٧، ابن الهمام، فتح القدير، ٤٣٧/٦، العيني، البناية، ٢١١/٨.

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني، ٣٤١/٣، الإحسائي، تبيين المسالك، ٣٥١/٣.

(٤) ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ٢٩٩/٥، باب مالك عن نافع مولى ابن عمر، وانظر، المحقق، المنتقى للباجي، ٥٢٣/٦.

(٥) الباجي، المنتقى، ٥٢٣/٦.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ٨٠/٣، الرافعي، العزيز، ١٢٩/٤.

(٧) ابن حجر، تحفة المحتاج، ١١٩/٢.

(٨) انظر على الترتيب، البهوتي، كشاف القناع، ١٨٣/٣، ابن قدامة، المغني، ٢٩٣/٦-٣٠٦.

(٩) المرداوي، الإنصاف، ٣٣١/٤.

**القول الثاني:** العقد باطل ويفسخ.

وهو القول الثاني المعتمد للمالكية[(١)]، والرواية الثانية عن الحنابلة[(٢)].

## أدلة العلماء في المسألة:

### أدلة القول الأول:

١- استدل من صحح البيع بأن أحاديث النهي تحمل على الكراهة ومنها قوله ﷺ: "لا يبع بعضكم على بيع أخيه"[(٣)]، وأن النهي في غير البيع بل هو في الإضرار والإيذاء[(٤)]، فالبيع على البيع تضييق على التجار وسوء معاملة لهم، لأن مزاحمة البائع الأول تفسد عليه رزقه، والسوم على السوم تضييق على المشترين وإثارة للأحقاد بينهم[(٥)].

٢- وأن النهي وارد على ما هو خارج عن البيع وهو السوم، فالمحرم هو عرض السلعة وهو سابق على البيع، والنهي فيه لحق آدمي[(٦)].

٣- وأن النهي في الحديث لا يقتضي الفساد، لأنه ورد على الوصف المجاور[(٧)].

### أدلة القول الثاني:

١- استدل من أبطل البيع بأحاديث النهي السابقة، لأن النهي فيها يقتضي الفساد[(٨)].

---

(١) النفراوي، الفواكه الدواني، ١٧٧/٢، ابن رشد، المقدمات الممهدات، ٢٠٣/٣.

(٢) ابن قدامة المغني، ٣٠٦/٦.

(٣) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٥٣/٤، ح/٢١٣٩ برواية عبد الله بن عمر، كتاب البيوع.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٧، المرغيناني، الهداية، ٥٣.

(٥) الدهلوي، حجة الله البالغة، ١٩٥/٢.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ١٨٣/٣، ابن قدامة، المغني، ٣٠٦/٦.

(٧) ابن رشد، المقدمات، ٢٠٣/٣، النووي، روضة الطالبين، ٨٠/٣.

(٨) النفراوي، الفواكه الدواني، ١٧٦/٢، الباجي، المنتقى، ٥٢٣/٦، ابن عبد البر، الاستذكار، ٦٦/٢١. ابن قدامة، المغني، ٣٠٦/٦.

٢- واستدل المالكية[١] بأن البيع على البيع يورث العداوة بين صاحب العطاء الأول والثاني وقد نهى رسول الله عن ذلك بقوله: "لا تباغضوا ولا تحاسدوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخواناً"[٢].

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

تبين جليا من خلال عرض آراء العلماء توافق المسألة مع نظرتهم في حكم المنهي عنه لوصف مجاور، وإن كان للمالكية والحنابلة أكثر من قول في المسألة، إلا أنهم في الأصول قالوا بفساد المنهي عنه (أي بطلانه) وفي مسألتنا هذه كانت إحدى الأقوال تفيد الفساد المرادف للبطلان والثاني يفيد الصحة، وكانت نظرة الحنفية والشافعية موافقة لمذهبهم الأصولي أيضاً.

والذي يلفت النظر في مسألتنا ترجيحهم واتفاقهم على أن النهي في الحديث يفيد التحريم أو كراهة التحريم ثم اختلافهم في حكم العقد المحرّم بين الصحة والإبطال، رغم أن التوافق والترابط السليم يقتضي أن المحرّم باطل.

أو أن يفسر الأمر على تعلق التحريم بأمر زائد على العقد، وهي المساومة قبل العقد والتضييق على البائع والمشتري، ولكن لو تم العقد فيصح لاكتمال أركانه وشروطه، مع الحرمة بسبب الظلم الواقع على أحد الأطراف، وهذا معنى النهي لوصف مجاور وليس لذات الفعل، وهو ما يفسر اختلافهم السابق في شمول المنهي عنه لوصف مجاور للمحرم والمكروه، وهو قول لبعضهم، أو اقتصاره على المكروه فقط، وهو ما يراه الغالبية منهم. ويتفرع على هذا ما يكثر طرحه عند الفقهاء؛ قولهم: آثم ديانةً وصحيح قضاءً، فالمنهي عنه لوصف مجاور في هذه المسألة أجمعوا على تحريمه وبالتالي ترتب الإثم عليه، ورجح معظمهم صحة العقد مع وجود الإثم.

---

(١) النفراوي، الفواكه الدواني، ١٧٦/٢.

(٢) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٤٨١/١٠، ح (٦٠٦٥) كتاب الأدب، باب (٥٧) ما ينهى عن التحاسد، برواية أنس بن مالك ٤٩٢/١٠، ح(٦٠٧٦)، باب الهجرة، عن أنس بن مالك.

# المبحث الرابع

# المسائل التطبيقية الفقهية في الدعاوى

## المسألة الأولى: حكم الدعوى بالمجهول.

تبين من المباحث السابقة، أن الحنفية يفرقون -فيما نقل عنهم- بين الفساد والبطلان في باب الدعاوى، حيث تقسم الدعوى عندهم إلى الدعوى الصحيحة والدعوى الفاسدة والدعوى الباطلة[١]، ويشترط الحنفية لصحة الدعوى شروطاً، منها أن يكون المدعى به شيئاً معلوماً، وأن لا تكون الدعوى على غائب وغيرها من الشروط، والتي تفسد الدعوى بدونها[٢].

ومن الفروق التي تذكر بين الدعوى الفاسدة والباطلة، أن الأولى تسمع ويُطلب من المدعي توضيحٌ وبيان؛ بينما الدعوى الباطلة ترد ولا تسمع[٣].

وفي استعراض مسألة الدعوى بالمجهول بيان لحقيقة الشرط عند الحنفية وهو أن يكون المدعى به معلوماً، ولمذاهب العلماء في حكم الدعوى المجهولة، لتعميم الأمر أو قصره على مذهب، دون استقصاء في حالات الدعوى المجهولة وفي التفريعات المنبثقة منها.

## آراء العلماء في المسألة:

١- اتفق العلماء على أن القاضي لا يرد المدعي فوراً ولا يخرجه من مجلسه، وإنما يطالبه بتصحيح دعواه بإكمالها، بأن يذكر المدعى به مفصلاً، فإن رفض أو أصر على عدم التفصيل أو لم يكمل النقص ردت دعواه إلى أن يستكمل قضيته، فإن

---

(١) علي حيدر، أصول استماع الدعوى، ٣٥-٤٥، الزرقا، المدخل الفقهي، ٢/٦٨٤-٦٨٦.

(٢) قاضي زاده، نتائج الأفكار تكملة فتح القدير، ٨/١٥٩، محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ٢٣٠.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي، ٢/٦٨٤-٦٨٦.

استكملها صحت دعواه وترتبت الآثار عليها[١]، وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما اختلفوا في الفرعيات وصور الجهالة التي تسمع بها الدعوى على النحو التالي:

**عند الحنفية**: إن الدعوى لا تقبل حتى يذكر المدعي شيئاً معلوماً في جنسه وقدره، لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة، والإلزام في المجهول لا يتحقق، ويستثنى من فساد الدعوى بالمجهول، دعوى الرهن والغصب، واختلفوا في بعض الصور، ويستفاد من عرض الحنفية سماع دعوى المجهول مع مطالبة المدعي بالتصحيح[٢].

وفائدة تصحيح الدعوى عند الحنفية مع الجهالة الفاحشة، توجه اليمين على الخصم إذا أنكر، والجبر على البيان إذا أقرّ أو نكل عن اليمين، وهو في جميع صور دعوى المجهول ديناً كان أو عيناً[٣]، فلو ادعى مسيل ماء، يأمره القاضي بتصحيح الدعوى بأن يذكر أنه مسيل ماء المطر أم ماء الوضوء والغسالات[٤].

**عند المالكية**: نقل عن بعض المالكية أن من ادعى انشغال ذمة الغير بحق يجهل مقداره، لزم المدعى عليه البيان، فدعواه مسموعة، ومعلومية الدعوى شرط عند المالكية، وقيل لا تسمع الدعوى المجهولة فيما يعلم قدره وامتنع من بيانه[٥].

وبين ابن فرحون في تبصرته، كيفية تصحيح الدعوى، بأن يبين ما يدعي ويطلب بطريق الغصب أو الرهن أو العارية أو غيرها، ونقل عن علماء المالكية أقوالاً بأن نقص الدعوى، يلزم القاضي بطلب البيان[٦].

ونقل ابن فرحون[٧] أمثلة عديدة في كيفية تصحيح الدعوى، فلو ادعى داراً أو عقاراً، يلزمه بيان موضعها من البلاد، وحدودها، واسم المدعي كاملاً، ووصف المناطق

---

(١) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ٣٧٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ٤١٢/٨، القادري، تكملة البحر الرائق، ٣٣٣/٧.

(٣) قاضي زاده، نتائج الأفكار، ١٦٧/٨.

(٤) الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي للخصاف، ١٤٤.

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ١٢٠/٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٠١/١.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٠٤/١.

(٧) ابن فرحون : هو إبراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمري المدني المالكي، ولد بالمدينة، ومات فيها عاش الفترة (٧١٩-٧٩٩)هـ ولي قضاء المدينة، وله شرح مختصر ابن الحاجب، وتبصرة الحكام، انظر رضا كحالة، معجم المؤلفين، ٤٨/١.

المحدودة لها[١]. ويشترط ابن فرحون لصحة الدعوى شروطاً منها أن تكون مما لا تشهد العادة والعرف بكذبها، ويقسمها إلى ثلاثة أنواع، نوع تكذبه العادة، ونوع تصدقه العادة، ونوع متوسط لا تقضي العادة بصدقه ولا بكذبه، فالأول لا تسمع دعواه، كدعوى الغصب والفساد على رجل صالح، والثاني تسمع دعواه، كأن يدعي سلعة معينة بيد رجل والثالث تسمع دعواه، ويجب إثباتها كمن يدعى ديناً في ذمة آخر[٢].

**عند الشافعية:** حد الدعوى الصحيحة أن تكون ملزمة معلومة، وصححوا الدعوى بالمجهول مع ضرورة تصحيح الدعوى في الأثمان والعقار وغيرها واستثنوا من شرط العلم بعض الصور أجازوا الدعوى فيها بالمجهول منها:

١- إذا ادعى إنسان أن مورثه أوصى له بثوب، لأن الوصية تسمع مع الجهالة.

٢- من يحضر المجلس لتعيين المطلوب ويفرض له القاضي كالمفوضة.

٣- من ادعى طريقاً له في ملك الغير. وحق إجراء الماء، فيكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض والمجرى وإن لم يعلم المقدار[٣].

٤- أضاف بعض الشافعية صحة الدعوى بالمجهول في الإقرار[٤].

**عند الحنابلة:** أن الدعوى لا تصح إلا محررة تحريراً يعلم به المدعى، لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عمّا ادعاه المدعي، فإن اعترف بـه ألزمـه، ولا يمكنـه أن يلزمـه مجهولاً، وتصح الدعوى المجهولة عندهم في أحوال منها الوصية والإقرار وعوض الخلع وعبد من عبيد في مهر[٥].

ولفقهاء الحنابلة تفصيلات وتوضيحات في كيفية تحرير الدعوى لـو كـانت عيناً حاضرة أو غائبة أو عقاراً أو نكاحاً وغيرها[٦].

---

(١) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٠٥/١.

(٢) المرجع السابق، ١٠٤/١.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٩/١٢-١٠، الرافعي، العزيز، ١٥٦/١٣.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٦٥/٤.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، ٣٣٧/٦، البهوتي، الروض المربع، ٥٨٨.

(٦) المراجع السابقة، البهوتي، كشاف القناع، ٣٣٨/٦-٣٤٧، الروض المربع، ٥٨٨.

واستدل الحنابلة على اشتراط تحرير الدعوى بحديث رسول الله ﷺ: "فأقضي على نحو ما أسمع"[(١)]، فالحكم مرتب على تحرير الدعوى في الحديث[(٢)]. وهو ما لا تخالف فيه المذاهب الأخرى، ولكن تغايرت مذاهبهم فيما يقبل من الدعوى بالمجهول.

**أثر الاختلاف:**

لم تكن مسألة اشتراط العلم بالدعوى من المسائل الخلافية، إذ أجازوا الدعوى بالمجهول واختلفوا في صورها التي تصح بها، وصححوا الدعوى المجهولة التي يتبعها بياناً وتحريراً.

والحكمة من اشتراط الفقهاء معلومية الدعوى، رغم أنهم استثنوا منها بعض الصور، أن في اشتراطه إغلاق الباب على المفسدين وأصحاب النزعات الشريرة في ادعاء ما ليس بحق لهم، وحماية لحق القضاة وصيانة للقضاء من البحث فيما لا يستحق من الدعاوى[(٣)].

فالقاضي لا يردّ الدعوى ابتداءً، عند جميع المذاهب، وباتفاقهم أيضاً[(٤)]. فكان وصف الدعوى بالفساد لا يليق مع حقيقة الدعوى، ولم يختص به الحنفية دون غيرهم، ووصف الفساد اصطلاحاً لا يحقق الغرض في باب الدعاوى كما في باب النكاح، وغاية الأمر أن يطلب تحرير الدعوى، أي أنها يُتوقّف فيها فلا تقبل ناقصة، فهي إما صحيحة كاملة وإما باطلة، والصحيح فيها أنواع منها ما يشترط تمام البيان فيه، ومنها ما يكفي بعضه.

وتعامل الفقهاء مع الدعوى الناقصة عن البيان، وسماعهم إياها يعكس حرصاً على حقوق الأفراد من الضياع، ومراعاة لبعض الظروف التي لا يمكن الاطلاع فيها على وصف كامل للمدعى به، مع ثبوت الحق فيها.

---

(١) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ١٣/١٦٨، ح/ ٧١٦٩، جزء من حديث إنما أنا بشر برواية أم سلمة، كتاب الأحكام.

(٢) البهوتي، الروض المربع، ٥٨٨.

(٣) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ٣٤٧.

(٤) المرجع السابق، ٣٧٣.

وحالة الدعوى غير الكاملة يصدق عليه وصف الدعوى الناقصة لا الفاسدة، وهو وضع أجازه الفقهاء دون فرق مع الاختلاف في بعض التفصيلات الفقهية.

ولقد قسم الماوردي من الشافعية الدعوى إلى أنواع صحيحة وفاسدة، والفاسدة ثلاثة أنواع، منها ما عاد فساده إلى المدعي، ومنها ما عاد فسادها إلى الشيء المدعى، ومنها ما عاد فساده إلى سبب الدعوى وهو على نوعين؛ في العقد وفي مقتضى العقد، وفسادها عند الماوردي ليس بالمعنى الاصطلاحي الحنفي وإنما هو للخلل الواقع فيها، وفي ردّها أو قبولها خلافٌ بين الشافعية بحسب محل الخلل، فمنها ما هو ناقص مقبول، ومنها ما هو باطل مرفوض[١]، وهذا منهج عامة الفقهاء إن صح التعبير في باب الدعاوى لتعلقه بحقوق الأفراد، فوجود حالات خلل أو نقص تقبل فيها الدعوى. ليس معناه قولاً بالفساد الاصطلاحي.

## المسألة الثانية: حكم الدعوى على الغائب.

وهي من المسائل التي تطرح كمثال للدعوى الفاسدة عند الحنفية، فيشترط الحنفية لصحة الدعوى حضور الخصم، فلا تسمع الدعوى على الغائب عندهم[٢].

والدعوى على الغائب تختلف عن القضاء على الغائب، إذ اختلف الفقهاء بصورة واضحة في حكم القضاء على الغائب وهي ليست محلاً للبحث، بينما تكاد آراؤهم تتفق في حكم الدعوى على الغائب، فلم يختلفوا في جواز سماع البينة على الغائب من أجل تسجيلها وخوفاً من ضياعها. ولا يعتبر تسجيلها قضاءً على الغائب[٣].

### آراء العلماء في المسألة:

وتفصيل مذاهب الفقهاء على النحو التالي:

---

(١) الماوردي، الحاوي، ١٧/٢٩٢-٢٩٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨/٤١٢.

(٣) محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ٥٢٦.

**عند الحنفية:** لا تسمع الدعوى والبينة إلا على خصم حاضر، إلا إذا التمس المدعي بذلك كتاباً حكمياً للقضاء به، فيجيبه القاضي، ويكتب إلى القاضي الذي الغائب في بلده ليقضي عليه، فلا يجوز القضاء على الغائب عندهم[١].

لم يصرح الحنفية بجواز سماع الدعوى على الغائب، إذ إنهم تعرضوا لحكم القضاء عليه حيث لا يصح عندهم إلا في بعض المسائل المستثناة، والتي يستفاد منها أن الدعوى تسمع ابتداءً[٢]، وفي معرض الحديث عن القضاء قال البابرتي: "إن إقامة البينة ليست محل النزاع، وإنما النزاع في أن القاضي هل يجوز أن يحكم على الغائب؟"[٣].

**عند المالكية:** وقع الخلاف في سماع البينة والدعوى على الغائب، حيث يرى ابن الماجشون[٤] أنها تسمع مع بينة الخصم والشهود، حضر الخصم أو لم يحضر[٥]، ويرى ابن فرحون، أن الخصم إن كان غائباً عن مجلس الحكم لا تسمع البينة دون حضوره إلا أن يتوارى، ويشترط في الحكم على الغائب عن البلد وفي سماع الدعوى عليه أن يكون له بموضع الحكم مال أو وكيل[٦].

**عند الشافعية:** تسمع الدعوى على الغائب ويطالب المدعي بالبينة والحلف، ويقضى على الغائب عندهم بعد الإعذار[٧]. ويقول النووي في القضاء على الغائب هو جائز في الجملة، وفصل في الأحكام المتعلقة به وأولها الدعوى عليه، فاشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط في الدعوى على حاضر، من معلومية المدعى عليه وغيرها، ويطلب القاضي من المدعي على الغائب التحليف بعد البينة[٨]. فتسمع الدعوى على الغائب بمال

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤١٢/٨.

(٢) ابن الهمام فتح القدير، ٢٩٠/٧، ابن عابدين، رد المحتار، ٩٩/٨، ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٢/٧.

(٣) البابرتي، شرح العناية، ٢٩٠/٧، ذكرها في الرد على أدلة من أجاز القضاء على الغائب لحديث النبي: "البينة على من ادعى".

(٤) ابن الماجشون هو: أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن الماجشون، القرشي الفقيه، مفتي المدينة، تفقه بأبيه ومالك وغيرهما، توفي سنة ٢١٢هـ. انظر مخلوف، شجرة النور الزكية، ٥٦.

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ١٢٨/٨.

(٦) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ١٠٧/١-١٠٨.

(٧) الشافعي، الأم، ١١٣/١٣

(٨) النووي، روضة الطالبين، ١٧٥/١١-١٧٦. وانظر، الرافعي، العزيز، ٥١١/١٢.

ويحكم بها، وإن كان الأصل أن لا يسمع القاضي البينة ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه، لكن الأصل قد يترك لأسباب ومنها أن لا يكون الخصم حاضراً لمجلس القضاء، وتعذر إحضاره[١].

واستدل الرافعي لصحة القضاء على الغائب بأدلة، تصلح أن يستفاد منها أيضا صحة سماع البينة على الغائب، لأن القضاء متأخر عن الدعوى، فإذا صح الثاني، صح الأول من باب أولى، منها:

١- قول الرسول ﷺ لهند: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[٢] والذي يستفاد منه صحة القضاء على الغائب وهو زوجها أبو سفيان[٣]، وكذلك صحة سماع الدعوى على الغائب.

٢- وقصة عمر رضي الله عنه في قضية الأسيفع، عندما قال في خطبته: "من كان له عليه دين فليأتنا بالغداة، نقسم ماله بين غرمائه"[٤]. وكان الرجل غائباً والبينة مسموعة باتفاق على الغائب، فيجري الحكم بها[٥].

**عند الحنابلة**: لا تسمع الدعوى بدون بينة، والمدّعي لا يحلف، وإن كان الغائب ممتنعاً عن حضور مجلس الحكم سواءأكان في البلد أو خارجه، فإن الدعوى ضده تسمع مع البينة في رواية للحنابلة[٦]، وإن كان الخصم غائباً عن مجلس الحكم غير ممتنع، فلا تسمع البينة[٧].

---

(١) النووي، روضة الطالبين، ١١/١٩٢-١٩٤، والرافعي، العزيز، ١٢/٥٣٣.

(٢) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٩/٤١٨، باب إذا لم ينفق الرجل، كتاب النفقات، ح(٥٣٦٤) برواية عائشة.

(٣) الرافعي، العزيز، ١٢/٥١١، وانظر الجمل، حاشية الجمل، ٨/٣٩٣.

(٤) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ٦/٨١، ح/١١٢٦٥، كتاب التفليس، باب الحجر على المفلس وبيع ماله.

(٥) الرافعي، العزيز، ١٢/٥١١.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ٦/٣٤٧-٣٤٩، وانظر ابن مفلح، المبدع، ١٠/٩١-٩٢، حيث ذكر روايتين في المسألة والرواية الثانية للحنابلة أن البينة لا تسمع، فلا يقضى للأول حتى يسمع كلام الثاني.

(٧) المراجع السابقة.

واختلفوا في مشروعية القضاء على الغائب، وهو ليس محلاً للبحث.

**أثر الاختلاف:**

اختلفت المذاهب في حكم القضاء على الغائب، مع اتفاقهم على سماع الدعوى عليه، فلا يختص جواز سماع الدعوى على الغائب مذهباً من المذاهب ولا ينسب إليه القول بالفساد، لأن الشرط وهو حضور الخصم مجلس القضاء لم يخالف فيه أحد، واهتموا به لأمر القضاء أولاً، أما الدعاوى فلا يضيرها غياب المدعى عليه، بل تسمع البينة وتحفظ.

فالشروط التي ذكرها الفقهاء للدعاوى، هي شروط عامة، تختلف آثار فقدها من مذهب إلى آخر، وعند الحنفية الذين قسموا الدعوى إلى صحيحة وفاسدة، بيّنوا متى تصح الدعوى ومتى تفسد، ولم أجد تصريحا بالدعوى الباطلة باستثناء ما نقل عنهم.

فيكون معنى الفساد عندهم يرادف البطلان، مع التفصيل والبيان لبعض الحالات التي لا تقع فاسدة مباشرة وإنما تقبل الدعوى ابتداءً.

وإذ افترضت أن القسمة عند الحنفية ثلاثية صحيحة وفاسدة وباطلة، فليست مبنية على الخلاف الأصولي في البطلان والفساد، والفاسدة عندهم أشبه بالدعوى الناقصة عند المذاهب الأخرى، وأقرب إلى معنى الدعوى الصحيحة، أو الموقوفة حتى تستكمل نواقصها، لا بمعنى الفساد الاصطلاحي والذي يوجب الفسخ والإزالة ما لم يتم القبض كما في المعاملات.

ونقصان الدعوى هو الأنسب في باب الدعاوى لتعلقها بحقوق البشر، خاصة إذا لم تكن مرفوضة وباطلة ومختلة، بأن فقدت بعض أوصافها والتي يمكن تأخير بيانها ومتابعة إجراءات الدعوى بدونها والتي تستكمل فيما بعد.

وباستقراء بعض كتب فقه الحنفية، لم أميز بين ثلاث حالات من الدعوى ، بل كانت نوعين إما صحيحة بشروط وإما فاسدة، والصحيحة هي ما يتعلق بها أحكام وهي إحضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين إذا أنكر، والفاسدة ما لا تتعلق بها الأحكام[١].

---

(١) قاضي زاده، تكملة فتح القدير، ١٥٩/٨، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٣/٤.

وكان عرضهم في باب الدعاوى يتلخص ببيان، ركن الدعوى أولاً، ثم شروط صحتها، وتعريف المدعي والمدعى عليه[١]؛ ولم أعثر على إشارة إلى أنواع ثلاث للدعوى باطلة وفاسدة وصحيحة، ولا يكفي أن ينسب إليهم القول بفساد الدعوى لكونهم فرقوا بين أنواع الباطلة منها ما يقبل وما لا يقبل، لأن هذا ليس معنى الفساد اصطلاحاً، كما أنهم في باب الدعاوى لا يفرقون بين مصطلح البطلان والفساد.

والحق أن يقال دعوى كاملة صحيحة ودعوى ناقصة ودعوى باطلة، وهو تقسيم مردّه حفظ الحقوق ومراعاة أحوال القضاء ليس إلا.

## المسألة الثالثة: حكم قضاء القاضي وهو غضبان.

تصنف هذه المسألة مع باب القضاء لا الدعاوى، ولقد وقع اختياري عليها، لابتناء الخلاف فيها على حديث رسول الله صلى الله عيه وسلم في النهي عن قضاء الغضبان، ولمعرفة مدى تأثير وصف الفساد والبطلان في باب القضاء.

واختلف الفقهاء في صحة قضاء القاضي وهو غضبان، لاختلافهم في دلالة النهي الواردة في الحديث، هل تحمل على الكراهة أم التحريم؟

## آراء العلماء في المسألة:

**القول الأول**: يصح وينفذ قضاء القاضي وهو غضبان وهو قول الحنفية[٢] والمالكية[٣] والشافعية[٤].

**القول الثاني**: يحرم القضاء حال الغضب ويبطل.

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤١١/٨، ابن عابدين، رد المحتار، ٢٨٥/٨، وغيرها من مسائل الدعاوى.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٩/٥.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ١١٦/٨، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ٢٧/١.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ٣٩١/٤، النووي، روضة الطالبين، ١٣٩/١١، الرافعي، العزيز، ٤٦١/١٢، نقل الرافعي التصريح بالكراهة عن ابن الصباغ والقاضي والروياني.

وهو قول لبعض المالكية[١]، وبعض الشافعية[٢]، وقول الحنابلة[٣].

**القول الثالث:** التفريق بين بعض الأحكام في حالة الغضب عن بعضهاالآخر. وهو لبعض المالكية[٤] والحنابلة[٥].

**أدلة العلماء في المسألة:**

أدلة القول الأول:

١- إن حديث رسول الله ﷺ: "لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان"[٦]، يفيد نهي الكراهة لا التحريم[٧]، ولقد عنون النووي في شرحه للباب بقولـــه كراهـــة قضـــاء القاضي وهو غضبان[٨].

٢- واستدلوا بقصة الزبير بن العوام حين خاصمه رجل أنصاري عند رســـول الله ﷺ في شراج الحرة[٩] التي يسقون بها النخل، فقال الرسول ﷺ للزبير: "اسق يا زبــير ثم أرسل الماء إلى جارك" فغضب الأنصاري فقال: أن كان ابن عمتك؟ فتلون وجــه الرسول ﷺ، ثم قال: "اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلـــى الجـدار"[١٠]،

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩/٦، قيل يمنع، وقيل يكره، وانظـــر الحطـــاب، مواهـــب الجليـــل، ١١٦/٨.

(٢) الرافعي، العزيز، ٤٦١/١٢.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٣١١/٦.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩/٦.

(٥) البهوتي، كشاف القناع، ٣١٠/٦.

(٦) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ١٤٦/١٣، ح/٧١٥٨ -جزء من حديث- روايـــة أبي بكرة، كتاب الأحكام.

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩/٦، المواق، التاج والإكليل، ١١٦/٥، الشافعي، الأم، ١١/١٣.

(٨) النووي، شرح صحيح مسلم، ٢٤١/١٢، ح/٤٤٦٥.

(٩) شراج: بكسر الشين، والمراد بها مسيل الماء، وأضيفت إلى الحرة لكونها فيها، والحرة موضع فـــي المدينة، انظر ابن حجر، فتح الباري، ٤٤/٥.

(١٠) رواه البخاري، صحيح البخاري، ٤٢/٥، كتاب المساقاة، ح/٢٣٥٩، برواية عروة بن عبد الله بـــن الزبير.

ويظهر من الحديث أن الرسولﷺ حكم وهو غضبان، وصح القضاء منه مع الغضب[١]، وقصة الزبير قرينة صارفة للحديث الأول من التحريم إلى الكراهة[٢].

٣- واستدلوا بكتاب عمر بن الخطاب لأبي موسى الأشعري والذي جاء فيه "إياك والغضب والقلق والضجر" وحملوه على نهي الكراهة[٣].

**أدلة القول الثاني:**

١- استدلوا بحديث النهي السابق عن القضاء حال الغضب، وعلّلوا النهي أنه ربما حمله الغضب على الجور في الحكم، ويلحق بالغضب ما يشبهه من الشواغل كالجوع والعطش والاحتقان والمرض والفرح والحزن وغيرها مما يمنع حضور القلب[٤].

٢- وفسروا النهي في الحديث على أنه يقتضي فساد المنهي عنه أي بطلانه[٥]. وهو استدلال المالكية والحنابلة الذين لا يفرقون بين البطلان والفساد، بل يحملون المناهي على الإبطال غالباً ولو كان لوصف مجاور.

**أدلة القول الثالث:**

وهي لا تخرج عن الأدلة السابقة إلا أنهم يفرقون بين أنواع الغضب، فبعض المالكية، يفرق بين الغضب الشديد الكثير، والغضب اليسير[٦]، فيبطلون الحكم بالنوع الأول، وبعضهم يفرقون بين الحكم الذي يدهش فيه عن أصل الفكرة فلا يجوز قطعا ولا يمضي بل ويتعقب[٧].

---

(١) أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ٥٣٦.

(٢) الشوكاني، نيل الأوطار، ١٧٨٦، يقول الشربيني: أن الكراهة تنتهي إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال. وأنه لا فرق عند الشافعية بين الغضب لله تعالى أو لسبب آخر، انظر الشربيني، مغني المحتاج، ٣٩١/٤، النووي، روضة الطالبين، ١٣٩/١١.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٩/٥.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٣١١/٦. الشوكاني، نيل الأوطار، ١٧٨٥.

(٥) ابن رشد، بداية المجتهد، ٤٧٨/٢، البهوتي، كشاف القناع، ٣١١/٦.

(٦) الموّاق، التاج والإكليل، ٢٩١/٦.

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩/٦.

وفرق بعض الحنابلة بين الحكم الذي يوافق الشرع والحق فينفذ، وإذا خالفه لا ينفذ[١]، وهو تفريق لا يخالف المذهب الأول، لأنه لم يقل فقيه بصحة الحكم مع الغضب إذا خالف الحق والصواب، فالشافعي يقول: "لو قضى، بالحال كرهت له أن يقضي ولم أرد حكمه، إلا ما خالف الكتاب والسنة"[٢]، وكذا يفهم من كلام الخصاف أن الحكم ينظر فيه إن كان يحتاج إلى نظر[٣].

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

اختلف العلماء في دلالة النهي على الكراهة أو التحريم ومن ثم الخلاف بين البطلان والصحة، لأن دلالته على التحريم أفادت البطلان عند القائلين به، ودلالته على الكراهة أفادت الصحة عند القائلين بها، أما أصحاب القول الثالث، فقد حاولوا التفريق بين حالات البطلان والصحة بحسب درجة الغضب وتأثيره. وهم أقرب إلى القائلين بالصحة لأن ما استثنوه لم يخالف فيه أحد.

والاستدلال بقصة الزبير من أقوى ما يدل على عدم بطلان الحكم في حالة الغضب، ولكن اعترض عليه بأنه خاص برسول الله ﷺ، وأن عصمته صلى الله عيه وسلم مانعة من إخراج الغضب له عن الحق[٤].

واعترض على المستدلين بقاعدة النهي للفساد، بأن الفساد –ويقصد به البطلان– يكون في المنهي عنه لذاته أو لجزئه أو لوصفه الملازم، أما في الوصف المجاور كالبيع وقت النداء فلا يقتضي النهي الفساد، وكالقضاء حال الغضب[٥].

وهذا التفريق ينطبق على مذهب الجمهور في الوصف المجاور دون مذهب الحنابلة، وهو سبب اختلافهم في صحة قضاء القاضي وهو غضبان، حيث أبطل الحنابلة

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ٣١٠/٦.

(٢) الشافعي، الأم، ١٢/١٣، مع الاختصار من عبارته.

(٣) الخصاف، أدب القاضي، ٦٨.

(٤) الصنعاني، سبل السلام، ٦٨/٨.

(٥) الشوكاني، نيل الأوطار، ١٧٨٦.

الحكم ولم يفرقوا بين المنهي عنه لذاته أو لملازم أو لمجاور في اقتضاء الفساد كما أشرت سابقاً.

ولكن الاعتماد على القضية الأصولية غير كاف في المسألة لورود الدليل على وقوع القضاء حال الغضب، كما في قصة الزبير، ولا يقبل الاعتراض بأنه خاص وبأن الرسول معصوم، فهذه حقيقة ولكنها لا تعمم لأن فعله ﷺ مصدر للتشريع، وهو ليس معصوماً عن الغضب، وفي قضائه قال "إنما أنا بشر"(١) فاحتمالية الخطأ في الحكم واردة عليه.

وفي هذا تعليم للناس بأن كل قاضٍ يحكم بالظاهر ولا يعلم الباطن وأن من اعتدى على حق أخيه فجزاؤه جهنم، وقضاؤه حال الغضب يفسر أنه من الغضب الخفيف اليسير لا الشديد، الذي يغلق على عقل الإنسان ويشوش فكره، وقد يؤدي إلى عدم صحة القضاء، وقد نهى الرسول عن الطلاق في الغضب(٢) والإغلاق لئلا يوقع الظلم على المرأة.

ومسألة القضاء في الغضب وإن كانت تصنف مع شروط وآداب القاضي –على اختلاف بينهم– إلا أنها متعلقة بذات الحكم القضائي، والذي يحتاط فيه لتعلقه بحقوق الآخرين، وباستقرار الأمن وإقرار العدل، ولا يمكن أن يحتمل الحكم القضائي وصفاً بالفساد، فهو إما صحيح وإما باطل مخالف للحق والعدل، وهو ما فقد اعتبار الشارع له ولا تترتب عليه الآثار الشرعية، والتأرجح بين الحالين، يضيّع حقوق الآخرين، ويُفسد استقرار المجتمع وإحقاق الحق صورته الجازمة الواضحة(٣).

---

(١) سبق تخريجه، ص ٢٤٨.

(٢) انظر البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٨٨/٩، باب (١١) الطلاق في الإغلاق، كتاب الطلاق، عنون البخاري الباب بنص الحديث ولم يذكره مع الأحاديث في المتن، وروى أبو داود، سنن أبي داود، ٧٠/٣، ح/٢١٨٧ برواية عائشة "لا طلاق ولا عتاق في غلاق"، كتاب الطلاق، وقال أبو داود: "الغلاق أظنه الغضب"، قال المنذري: "في إسناده ضعيف"، انظر مختصر سنن أبي داود، ٢١٥/٢، ح/٢١٠٧.

(٣) أبو البصل، نظرية الحكم القضائي، ٥٠٣–٥٣٨، ولم يرجح المؤلف أنه لا فساد في الحكم القضائي، وذكر أن البطلان مردّه إلى أسباب عدة، انظره.

# المبحث الخامس

# المسائل التطبيقية الفقهية المعاصرة

يختص هذا المبحث باستعراض مسألتين معاصرتين من بابي المعاملات والنكاح، في محاولة لتطبيقهما على الخلاف بين الأصوليين في البطلان والفساد من حيث الأسباب والآثار، وهو ما يتضح جليا في المعاملات، أما في النكاح فقد أثمرت الدراسة السابقة عن وجود خلاف بين نوعين من النكاح المنهي عنه بما لا يوافق معنى البطلان والفساد في المعاملات، لذا جاءت دراسة المسألة المعاصرة تدعيماً للنتائج المتوصل إليها سابقاً، سواء بالفرق بين البطلان والفساد كما في المعاملات، أو بالفرق بين النكاح المتفق على فساده والمختلف في فساده.

والمسائل المبحوثة في هذا المبحث هي ما يلي:

**المسألة الأولى: حكم شراء المسروقات من أسواق البضائع المسروقة.**

**المسألة الثانية: حكم نكاح اليهودية.**

## المسألة الأولى: حكم شراء المسروقات من أسواق البضائع المسروقة.

أصبح شراء المسروقات وبيعها في بلادنا تجارة مشتهرة، لها باعتها المعروفون وأسواقها المعروفة، وقد تكون بأسعار منافسة للبضائع في الأسواق الأخرى، أو قد تباع بأسعار عادية كغيرها من البضائع غير المسروقة وذلك إذا اختلطت عند بعض التجار، أو إذا بيعت في أسواق عادية.

والمشتري قد يعلم بأن ما يشتريه مسروقة، وذلك لرخص ثمنه عن أمثاله، أو لكونه من التاجر الفلاني المشهور ببيع المسروقات أو لأن البضاعة معروضة في سوق خاص (كسوق الحرامية مثلاً)، وقد لا يعلم المشتري بذلك كله، فيقدم على الشراء مع الجهل بحال المبيع.

وقد انتشر في الأردن بعد حرب الخليج الثانية بيع البضائع المسروقة بأثمان رخيصة، والتي لاقت رواجاً بين الناس لبخس أثمانها، وقد يظنون أن إثم السرقة يلحق

بالسارق ولا علاقة للمشتري في الأمر، لأنه لم يباشر السرقة وإنما حصل على السلعة بيعاً وشراءً.

ولقد تعرض علماؤنا المحدثون لحكم شراء المال المسروق في كتب الفتاوى، لكثرة السؤال عنها، ولتزامنها مع فساد الذمم وسوء الأخلاق وانتشار جرائم السرقة والنشل، وبيع المسروقات للحصول على الأموال والتخلص من آثار الجريمة.

وتبين من بحث المسألة عند المتقدمين لتخريجها على ما قالوا، أنهم لم يتعرضوا لخصوصها، وإنما أشاروا إلى ما في معناها في باب الغصب والفضولي وحكم التعامل مع من أكثر ماله حرام، لذا قدّمت خلاصة بحث المحدثين في الأمر ابتداءً، ثم قياس الأمر على ما في كتب المتقدمين.

## رأي المحدثين في المسألة:

اجتمعت آراء من اطلعت عليها من المحدثين على حرمة شراء المال المسروق، حيث يحرم على المسلم أن يشتري شيئاً وهو يعلم أنه مغصوب، أو مسروق أو مأخوذ من صاحبه بغير حق، فهو بفعلته يعين الغاصب أو السارق أو المعتدي على جرمه[١].

واستدلوا بما يلي:

١- نهي رسول الله ﷺ عن شراء المسروق كما في قوله[٢] "من اشترى سرقة (أي مسروقاً) وهو يعلم أنها سرقة، فقد اشترك في إثمها وعارها"[٣].

---

(١) القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ٢٥٣، عفانة، يسألونك، ١٢٧/١، محمد بكر إسماعيل، بين السائل والفقيه، الزيباري، أجوبة عن أسئلتك، ١٦١.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) رواه البيهقي، السنن الكبرى، ٥٤٨/٥، ح/١٠٨٢٦، برواية أبي هريرة، كتاب البيوع، باب الشرط الذي يفسد البيع، رواه الحاكم، المستدرك، ٣٥/٢، كتاب البيوع، برواية شرحبيل مولى الأنصار عن أبي هريرة، وقال عنه صحيح، قال الذهبي في تلخيص المستدرك ٣٥/٢: في إسناده خالد الزنجي وشرحبيل وهما من الضعفاء، قال المناوي: الحديث صحيح، انظر فيض القدير، ٦٤/٦، ح/٨٤٤٣.

٢- وحديث رسول الله ﷺ: "لا يحل مال مسلم إلا بطيب نفس منه"[١] وفي شراء المسروق من السارق، لا تطيب نفس المالك عن هذا البيع فيحرم.

٣- واستدل بعضهم أن في شراء المال المسروق تشجيعاً للمعتدين على أخذ أموال الناس بالباطل، وفيه تعاون على الإثم المنهي عنه، وهو مخالف لقوله تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾، المائدة: الآية: (٢) [٢].

٤- واستدلوا أيضاً بأن المبيع فقد شرطاً من شروط انعقاده وهو أن يكون مملوكاً، فمن يعرضها للبيع لا يملكها ملكاً شرعياً، وليس وكيلاً في بيعها والسرقة والغصب ليست من وسائل نقل الملكية، لذا يعدُّ الشراء من السارق أو الغاصب شراءً ممن لا يملك[٣].

## تكييف المسألة عند الفقهاء المتقدمين وآراؤهم فيها:

من خلال استعراض فتاوى المحدثين السابقة، يتبين تخريج بعضهم للمسألة على فقد شرط من شروط انعقاد البيع المتعلقة بالمبيع، والتي بدونها يبطل العقد عند الحنفية والجمهور معاً.

في حين يهتم بعضهم الآخر بحكم شراء المسروق دون التعرض لحكم عقد البيع المبرم.

ولدى الاستقراء لبعض كتب الفقهاء في المسألة، اتضح لي أنهم يتعرضون لحكم عقد البيع في باب الفضولي أحياناً أو في باب الغصب، أما في باب شروط البيع فالأمر غير واضح والإشارة فيه غير كافية، أما في باب السرقة فيهتمون بأحكام القطع والضمان أكثر من صور التصرف بالمال المسروق، والذي أفاده باب الغصب أكثر من باب

---

(١) عفانة، يسألونك، ١/١٢٧، والحديث سبق تخريجه في مسألة بيع المضطر.

(٢) اللجنة الدائمة، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية، ١٣/٨٢، ولجنة هذه الفتوى مكونة من: بكر أبو زيد، صالح الفوزان، عبد العزيز آل الشيخ، عبد العزيز بن باز، وانظر عفانه، يسألونك، ١/١٢٧.

(٣) الزيباري، أجوبة عن أسئلتك، ١٦١، اللجنة الدائمة، فتاوى اللجنة الدائمة، ١٣/٨٢.

السرقة. ويصرح بعضهم أن أحكام الغصب تشبه أحكام السرقة من حيث أثر تصرفات الغاصب في المال المغصوب[١].

والصورة التي تنطبق عليها هذه المسألة هي حكم بيع الفضولي مال الغير، إذا كان يبيعه لنفسه، فالفضولي قد يبيع السلعة على أنها للمالك وهو خارج محل البحث، وقد يبيعها على أنها له، وهو ما يصدق عليه فعل الغاصب في بيع المال المغصوب أو المسروق[٢].

## آراء العلماء في المسألة:

**القول الأول:** البيع صحيح موقوف وهو قول عامة الحنفية[٣] والمالكية[٤]، وقول الشافعية في القديم[٥].

**القول الثاني:** البيع باطل، وهو قول بعض الحنفية[٦]، وقول الشافعية الجديد[٧]، والحنابلة[٨].

### تفصيل الأقوال:

**أولاً:** عند الحنفية في بحث شروط انعقاد البيع، تمت الإشارة إلى حكم بيع المغصوب من قبل المالك وليس الغاصب وهي ليست محل البحث[٩]، بينما في باب

---

(١) الدردير، الشرح الصغير، ٦٠٧/٣.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار، ٣١٤/٧، عبد الهادي الحكيم، عقد الفضولي، ٩٥.

(٣) ابن عابدين، رد المحتار، ٣١٤/٧.

(٤) مالك، المدونة، ١٧٦/٤.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٥٩/٥، المطيعي، تكملة المجموع، ٢٥٠/١٤.

(٦) ابن عابدين، رد المحتار، ٣١٤/٧.

(٧) النووي، روضة الطالبين، ٥٩/٥.

(٨) البهوتي، كشاف القناع، ١٤٧/٣.

(٩) كاساني، بدائع الصنائع، ٥٦٩/٦، ابن الهمام، فتح القدير، ٦٥/٧، الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، ٣/٣.

الفضولي جاء التصريح على أن من باع مال غيره انعقد بيعه موقوفاً[١]، واختلف الحنفية فيما بينهم فيما لو باعه لنفسه بين من يقول ببطلان البيع، ومن يقول بوقفه[٢].

**ثانياً**: عند المالكية تصريحات تفيد تشبيه بيع الغاصب ببيع الفضولي[٣]، وأن من بيع ماله وهو لم يحضر مجلس البيع، فرب المال مخير بين إمضاء البيع وفسخه[٤]، وفي تفصيل لبعضهم أنه لو علم المشتري أن البائع لا يملك المبتاع، فالبيع لازم من جهة المشتري، بينما هو متوقف على رضا مالكه[٥].

وجاء في المدونة في باب الغاصب حكم من غصب جارية وباعها، حيث قال "فرب الجارية بالخيار، إن شاء ضمنه قيمتها يوم غصبها، وإن شاء أجاز بيعه وأخذ الثمن"[٦]، ونقل القرافي عبارات للمالكية أفادت اختلافهم في حكم البيع بين موقوف وباطل، إلا أنه جمع بينها بأن البيع موقوف "إذا كان المشتري غير عالم بعدم الملك، لأن المشهور الإمضاء إما إذا علم فلا"، بمعنى أن البيع باطل[٧].

**ثالثاً**: عند الشافعية قولان في المسألة صرّح بهما النووي في باب الغصب[٨].

**رابعاً**: عند الحنابلة تعتبر تصرفات الفضولي باطلة، فلا يصح البيع عندهم ولو أجازه المالك[٩]، وفي حديثهم عن شروط البيع وأن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ٣١٤/٧.

(٢) المرجع السابق، ونقل ابن عابدين اختلاف الحنفية في المسألة وحاول الجمع بين الأقوال وختم حديثه، عن بعض الحنفية أن بيع الفضولي موقوف إلا في ثلاث فباطل: منها إذا باع لنفسه، انظر رد المحتار، ٣١٦/٧.

(٣) الحطاب، مواهب الجليل، ٣٣٤/٧.

(٤) أبو عبد الله، شرح ميارة الفاسي، ١٤/٢.

(٥) الدردير، الشرح الصغير، ٢٦/٣.

(٦) مالك، المدونة، ١٧٦/٤-١٧٧.

(٧) القرافي، الفروق، الفرق (١٨٥) بين قاعدة ما يجوز بيعه وما لا يجوز، ٢٤٢/٣.

(٨) النووي، روضة الطالبين، ٥٩/٥.

(٩) البهوتي، كشاف القناع، ١٤٧/٣.

أبطلوا بيع المغصوب إذا باعه المالك لأنه لا يقدر على تسليمه[١]، وأبطلوا بيع الغاصب للمغصوب أيضاً لأنه ليس مالكاً له ولا مأذوناً فيه[٢].

وفي موضع آخر يصرح البهوتي بحكم تصرفات الغاصب فيقول "إن تصرفات الغاصب كالحج من مال مغصوب والصلاة في دار مغصوبة وغيرها من العقود كالبيع والإجارة، تحرم ولا تصح"[٣].

## أدلة القول الأول:

١- يستدل لمن قال إن البيع صحيح موقوف بحديث رسول الله ﷺ: "إذا ضاع متاع للرجل أو سرق له فوجده في يد رجل يبيعه، فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن"[٤].

يستفاد من الحديث أن البيع قد تم بين البائع والمشتري وانعقد غير لازم بدليل رجوع المالك فيه.

٢- ويستدل لهم أيضاً بما قضى به رسول الله ﷺ أنه "إذا وجدها -السرقة- في يد الرجل غير المتهم فإن شاء أخذها بما اشتراها وإن شاء اتبع السارق"[٥].

---

(١) البهوتي، كشاف القناع، ١٥٢/٣.

(٢) المرجع السابق، ١١٥/٤.

(٣) المرجع السابق، ١٢٣/٤.

(٤) الكبيسي، أحكام السرقة، ٣٧٠، والحديث رواه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ١١١/٣، برواية سمرة بن جندب، كتاب الأحكام، باب من سرق له شيء، قال المحقق الحديث ضعيف، إسناده ضعيف من حجاج بن أرطأة مدلس.

(٥) محمد رواس قلعجي، موسوعة فقه عمر بن الخطاب، ٣٨٥، والحديث رواه النسائي، سنن النسائي، ٣٥٩/٧، ح/٤٦٩٣، برواية أسيد بن حضير، كتاب البيوع باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، قال الإمام السندي في الحاشية، انفرد به النسائي، ح/٤٦٩٤ في معناه أيضاً، وفي معناه روى أبو داود، سنن أبي داود، ١٩٢/٤، ح/٣٥٢٥ برواية سمرة بن جندب، في كتاب البيوع، باب الرجل يجد عين ماله، قوله ﷺ: "من وجد عين ماله عند رجلٍ فهو أحق به، ويتبع البيع من باعه".

وفي الحديثين دلالة واضحة على أن البيع في حق المشتري قد انعقد، مع بقاء الحرية للمالك في استرداد المسروق أو تضمين السارق، ولا يسقط حق المشتري في الرجوع على السارق بالثمن.

**أدلة القول الثاني:**

١- استدل من قال ببطلان بيع الغاصب بحديث عروة بن الجعد "أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة، فاشترى به شاتين فباع أحدهما بدينار، ثم عاد بالدينار والشاة، فدعا له بالبركة في بيعه"[١].

ذكر البهوتي الدليل للتأكيد على أن بيع ملك الغير لا يصح إلا بإذن فيصبح كالوكيل[٢].

٢- ويستدل لهم أيضاً بحديث رسول الله "لا تبع ما ليس عندك"[٣] حيث يبطل عقد الغاصب لأن المبيع ليس مملوكاً له، فأشبه بيع ما ليس عند الإنسان.

٣- واستدل القرافي[٤] لهذا القول بحديث "لا بيع ولا طلاق ولا إعتاق فيما لا يملك"[٥].

---

(١) رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٧٣١/٦، ح/٣٦٤٢ برواية شبيب بن عرفدة، كتاب المناقب، باب ٢٨.

(٢) البهوتي، كشاف القناع، ١٤٧/٣.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ١٤٦/٣، والحديث رواه أبو داود، السنن، ١٨٢/٤، ح/٣٤٩٧ عن حكيم بن حزام، كتاب البيوع، باب الرجل يبيع ما ليس عنده، ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ٣٢/٣، ح/٢١٨٧. برواية حكيم بن حزام، كتاب التجارات، بالنهي عن بيع ما ليس عندك قال المحقق (الحديث صحيح)، رواه النسائي، سنن النسائي، ٣٣٣/٧، ح/٤٦٢٥ برواية عمرو بن شعيب، رواه الترمذي، سنن الترمذي مع عارضة الأحوذي، ١٩٣/٥، ح/١٢٣٤ برواية عبد الله بن عمر، كتاب البيوع.

(٤) القرافي، الفروق، ٢٤٢/٣.

(٥) رواه أبو داود، السنن، ٦٩/٣، ح/٢١٨٤، كتاب الطلاق، باب الطلاق قبل النكاح برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ونصه "لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك، ورواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ٥١٩/٢، ح/٢٠٤٧، برواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال المحقق: الحديث حسن صحيح، قال الترمذي عنه: أصح ما في الباب، انظر عارضة الأحوذي، ١١٨/٥، ح/١١٨١، كتاب الطلاق.

وفي الحديث دلالة على بطلان البيع فيما لا يملكه البائع.

واستدلوا بأدلة عامة تفيد حرمة أخذ المال ظلماً، ووجوب رد المغصوب[١].

**الترجيح وأثر الاختلاف:**

من مجموع الأدلة السابقة يترجح لدي القول بصحة البيع مع توقفه على رأي المالك فيما لا علم للمشتري بالغصب أو السرقة، وذلك لصراحة أدلة القائلين بالتوقف والتي أفادت صحة البيع مع إمكانية استرداد المالك لحقه المسلوب منه، بينما كانت أدلة الفريق الثاني عامة في حرمة بيع غير المملوك وغير المقدور على تسليمه مما جعل أدلة الفريق الأول أكثر وضوحاً من أدلتهم، إلا أن هذا لا يمنع من تقييد صحة البيع بحالة عدم علم المشتري بالغصب، فإذا علم فالأولى إبطال البيع لئلا يكون من باب التعاون على الإثم وتشجيع السارقين على البيع فيما لا يملكون وهو ما استدل به المُحدثون في حرمة هذا البيع.

أمّا حكم شراء المسروق فمردّه إلى ما بحثه علماؤنا في حكم التعامل مع من كان أكثر ماله حراماً أو اختلط الحرام بحلاله، مما لا مجال لبحثه هنا، لأن المقصود هو الحكم على عقد البيع من حيث الفساد والبطلان.

أما تكييف المسألة على موضوع الفساد والبطلان، فظاهر فيها توافق الأمر عند الشافعية والحنابلة حيث رجحوا البطلان، أمّا الحنفية فكان الأليق والأنسب – في ظني– لقواعدهم القول بفساد العقد لا بوقفه، لأن العقد لحقه وصف لازم منهي عنه وهو غصب مال الغير أو عدم تمام الملك فيه، وهو أشبه ببيع الربا من حيث ارتباط الوصف بالبيع، وليس كالصلاة في الدار المغصوبة لأن فعل الصلاة منفك عن الغصب، بينما البيع لا ينفك عن كون المبيع مغصوباً لأنه واقع عليه، فالقول بفساد العقد هو الأولى وذلك إذا علم المشتري لاشتراكه مع البائع في نقل ملكية المبيع بغير وجه حق، أما إذا جهل المشتري الغصب، فتصحيح البيع مقبول لاستقرار المعاملة مع إبقاء حق المالك في الفسخ، ولعل ما قاله القرافي فيما نسبه للمالكية من التفريق بين الحالين هو الأرجح من القول بأن البيع باطل بإطلاق أو موقوف بإطلاق.

---

[١] انظر الأدلة ابن عابدين، رد المحتار، ٢٦١/٩، البهوتي، كشاف القناع ٨٦/٤.

# المسألة الثانية: حكم نكاح اليهودية.

ينتشر في زمن كتابة هذه الرسالة زواج المسلمين من الكتابيات بشكل عام، وخاصة عند المهاجرين إلى أمريكا ودول أوروبا، الذين تضطرهم ظروف السفر والهجرة والبحث عن مأوى إلى نكاح نساء النصارى للاستقرار والإقامة في تلك البلاد، ومنهم من تبهره المدنية الغربية الزائفة، فيقبل على هذا النكاح لاهثاً وراء التقدم المزعوم.

ومن هؤلاء الأوروبيات والأمريكيات نجد النصارى، ونجد اليهود أيضاً الذين جاهروا بعدائهم الشديد للمسلمين، وحاربوا ومازالوا يحاربون الإسلام في أرض فلسطين، ولا يخفى على أحد ما يمارسه الكيان اليهودي المسمى بدولة إسرائيل كل يوم من ظُلمٍ وإجرامٍ ضد المسلمين من أهل فلسطين على وجه الخصوص، ومن إفسادٍ في الدول الإسلامية على وجه العموم؛ فكل يهودي أو يهودية هو جندي يعمل بشكل مباشر أو غير مباشر ضمن المخطط المرسوم له لحرب الإسلام والمسلمين، وسواءٌ في ذلك من استوطن منهم فيما يسمى بدولة إسرائيل، أو من بقي في دول أوروبا وأمريكا وغيرها داعماً أبناء دينه بالمال والعتاد والفكرة والهدف.

فهل تصلح هذه اليهودية أن تكون زوجة لمسلم؟ مع ما يملأُ قلبها من حقد وكره تجاه المسلمين، خاصة في ظل الظروف الحالية. وهل تقارن اليهودية بالنصرانية؟

لبيان حقيقة المسألة عند الفقهاء أعرض الأمر من خلال مسألتين هما: حكم نكاح الكتابية، وحكم نكاح الحربية.

مبتدئة برأي المتقدمين وأدلتهم، ثم فتاوى المحدثين، وذلك لوضوح الأمر وجلائه عند المتقدمين.

### أولاً: حكم نكاح الكتابية:

**الكتابية هي:** من تؤمن بنبي مرسل وتقر بكتاب منزل كاليهود والنصارى[1].

اختلف فقهاؤنا في حكم نكاحها على ثلاثة أقوال:

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ١٣٤/٤، الشافعي، الأم، ٢٠/١٠.

**القول الأول:** نكاحها صحيح وهو قول الحنفية[١]، وابن القاسم المالكي[٢]، والشافعية[٣] والحنابلة[٤]. ويروى الجواز والإباحة عن بعض الصحابة كعمر وعثمان وحذيفة وسلمان وجابر[٥].

**القول الثاني:** أنه مكروه كراهة تنزيهية، وهو قول لبعض الحنفية[٦]، والإمام مالك[٧]، والأصح عند الشافعية[٨]، وقول للحنابلة[٩].

**القول الثالث:** أنه محرم ولا يجوز، وهو قول ابن عمر، والشيعة الإمامية[١٠].

**ثانياً: حكم نكاح الحربية من أهل الكتاب:**

**الحربية هي:** غير المسلمة التي لم تدخل في عقد الذمة ولا تتمتع بأمان المسلمين ولا بعهدهم[١١]، وقد اختلف فقهاؤنا في حكم نكاحها على أربعة أقوال:

**القول الأول:** أنه مكروه كراهة تحريمية، وهو قول لبعض الحنفية[١٢] وبعض الحنابلة[١٣]، وهو منقول عن الصحابي ابن عباس[١٤].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٥٩/٣، العيني، البناية، ٥٤٠/٤..

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٨٧/٣.

(٣) الشافعي، الأم، ١٩/١٠، النووي، روضة الطالبين، ١٣٥/٧.

(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٩١/٥، ابن تيمية، مجموع فتاوى النكاح، ١٢٥.

(٥) العيني، البناية، ٥٤١/٤.

(٦) ابن الهمام، فتح القدير، ٢١٨/٣، ابن عابدين، رد المحتار، ١٣٤/٤.

(٧) مالك، المدونة، ٢١٦/٢-٢١٩، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٨٧/٣.

(٨) النووي، روضة الطالبين، ١٣٥/٧.

(٩) البهوتي، كشاف القناع، ٩١/٥.

(١٠) العيني، البناية، ٥٤١/٤، ابن عبد البر، الاستذكار، ٢٧٠/١٦.

(١١) وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية، ١٠٤/٧.

(١٢) ابن عابدين، رد المحتار، ١٣٤/٤.

(١٣) ابن مفلح، المبدع، ٧١/٧.

(١٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦٩/٣.

**القول الثاني**: أنه مكروه كراهة تنزيهية وهو قول عامة جمهور الفقهاء كالحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

**القول الثالث**: أنه يجوز نكاحها في دار الإسلام فقط إن اضطر إلى ذلك، وهو قول الإمام أحمد بن حنبل واختاره ابن عقيل[٥].

**القول الرابع**: أنه يجوز في دار الحرب عند الضرورة، وهو قول طائفة من الحنابلة[٦].

## أدلة إباحة نكاح الكتابية:

١- استدل القائلون بإباحة نكاح الكتابية بقوله تعالى: ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ المائدة، الآية: (٤)، حيث أفادت إباحة نكاح الكتابية المحصنة، واختلفوا في تفسير الإحصان حيث قال بعضهم: يراد بها العفة، ولكن لا يشترط العفة وإنما تندب في نكاح الكتابية[٧]، وقال آخرون: يراد بها الحرية، ويشترط عندهم نكاح الحرائر منهم[٨].

٢- واستدلوا بفعل الصحابة رضوان الله عليهم، حيث نكح عثمان بن عفان، نائلة بنت الفرافصة النصرانية، وتزوج طلحة بن عبيد الله من يهودية، وتزوج حذيفة يهودية[٩].

---

(١) ابن عابدين، رد المحتار، ١٣٤/٤.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٨٧/٣.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ١٣٥/٧.

(٤) ابن مفلح، المبدع، ٧١/٧، المرداوي، الإنصاف، ١٣٣/٨.

(٥) ابن مفلح، المبدع، ٧١/٧، المرداوي، الإنصاف، ١٣٤/٨.

(٦) الزركشي، شرح على مختصر الخرقي، ١٧٦/٥.

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٥٩/٣، العيني، البناية، ٥٤١/٤، الطبري تفسير الطبري، ٢٧/٣.

(٨) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٨٧/٣، ابن عبد البر، الاستذكار، ٢٧٠/١٦.

(٩) ابن عبد البر، الاستذكار، ٢٧١/١٦، الجصاص، أحكام القرآن، ٣٢٤/٣، وانظر تخريج الروايات ابن حجر، تلخيص الحبير، ٣٥٧/٣ رواها البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ٢٧٩/٧، كتاب النكاح، الأحاديث (١٣٩٨١-١٣٩٨٤).

٣- واستدل بعضهم من رد الصحابة على طلب عمر بن الخطاب من بعضهم ترك زوجاتهم، إذ قالوا له: أنطلّق يا أمير المؤمنين؟ وكلمة نطلّق تفيد صحة العقد وانعقاده[١].

٤- واستدلوا بالحكمة المرجوة من نكاح الكتابية وهي إسلامها، إذ بزواجها من مسلم، يحسن معاملتها ويدعوها للإسلام، خاصة وأنها آمنت بكتب الأنبياء والرسل في الجملة، فيكون زواجها سبباً في إسلامها[٢].

ونقل عن ابن عبد البر أنه لا يعلم خلافاً في نكاح الكتابيات الحرائر، إن لم تكن من أهل الحرب[٣]، وعن ابن المنذر أنه لا يصح عن أحد من الأوائل تحريم ذلك[٤]، إلا أنه لا يعتبر إجماعاً لما ثبت من خلاف فيها.

**أدلة كراهة نكاح الكتابية:**

١- يستدل للقائلين بالكراهة بنهي عمر بن الخطاب للصحابة الذين نكحوا الكتابيات، وطلبه أن يفارقوهن خشية أن ينكحوا المومسات منهن[٥].

٢- واستدل مالك على كراهة نكاحهن، بأنها تأكل الخنزير وتشرب الخمر، ويضاجعها ويقبلها وذلك في فيها، وتلد منه أولاداً فتغذي ولدها وتطعمه الحرام وتسقيه الخمر[٦]، وقد يزاد على هذا أنها تعلم أولادها أحكام دينها وتطلق عليهم أسماء غير إسلامية وغيرها، وذلك لضعف الأزواج المسلمين وتأثرهم بزوجاتهم على عكس ما كان مرجواً في السابق.

---

(١) ابن الهمام، فتح القدير، ٢٢٠/٣.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٥٩/٣.

(٣) الجصاص، أحكام القرآن، ٣٢٤/٣.

(٤) الزركشي، شرح الزركشي، ١٧٦/٥.

(٥) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦٨/٣، الجصاص، أحكام القرآن، ٣٢٣/٣، رواه البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ٢٧٩/٧، ح/١٣٩٨٤.

(٦) مالك، المدونة، ٢١٩/٢، عليش، تقريرات عليش مع حاشية الدسوقي، ٨٧/٣.

٣- ويصلح استدلالاً لهذا القول ما نقل عن جابر بن عبد الله لما سئل عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، فقال: "تزوجناهن زمن الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص ونحن لا نكاد نجد المسلمات كثيراً فلما رجعنا طلقناهن"[١].

## أدلة تحريم نكاح الكتابية:

١- استدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَلاَ تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾، البقرة، الآية: (٢٢١)، على عدة معان منها: أن لفظ المشركات عام يشمل الكتابيات عندهم ويؤكده ما ورد في سورة التوبة: ﴿ وَقَالَتْ الْيَهُودُ عُزَيْرٌ ابْنُ اللَّهِ ﴾ إلى أخر الآية: ﴿سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ التوبة، الآية: (٣٠)، وهي تؤكد نسبة الشرك إليهم[٢]، وردّوا عليه بأن سورة البينة تبين الفرق بين المشركة والكتابية بقوله تعالى: ﴿ لَمْ يَكُنْ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ﴾، البينة، الآية: (١)، فالعطف يقتضي المغايرة[٣]. وقالوا بأن آية سورة البقرة نسخت آية سورة المائدة السابقة، وهو مردود بأن لا نسخ بينهما لتقدم آية البقرة في النزول على المائدة[٤]، لذا تفسر آية البقرة على الوثنيات والمجوسيات، وآية المائدة على الكتابيات ولا تعارض بينهما[٥].

٢- استدلوا بتفسير ابن عمر لمعنى الإحصان بأنه الإسلام[٦]، فيحرم نكاح الكتابية وهو مردود لأنه يؤدي إلى القول بحل الكتابيات اللواتي أسلمن، والمسلمات حكمهن معلوم من النصوص العامة، وهو تفسير لا يتناسب مع قوله "والمحصنات من المؤمنات" إذ يفيد والمسلمات من المؤمنات، وهو تفسير بعيد[٧].

---

(١) السيوطي، الدر المنثور، ٢٦٦/٣، والرواية أخرجها البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، ٢٧٩/٧، ح/١٣٩٨٠، برواية أبي الزبير، كتاب النكاح.

(٢) العيني، البناية، ٥٤١/٤.

(٣) المرجع السابق، وانظر ابن نجيم، البحر الرائق، ١٨٢/٣.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦٧/٣.

(٥) المرجع السابق، ٦٧/٣، وانظر ابن عبد البر، الاستذكار، ٢٧١/١٦.

(٦) العيني، البناية، ٥٤١/٤، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦٩/٣.

(٧) ابن الهمام، فتح القدير، ٢١٩/٣.

٣- واستدلوا بقول ابن عمر لما سئل عن نكاح النصرانية واليهودية قال: "إن الله حرم المشركات على المؤمنين ولا أعلم من الإشراك شيئاً أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى، وهو عبد من عباد الله"[١].

وهو مردود بالأدلة الدالة على الإباحة[٢]، وقال النحاس "حديث ابن عمر لا حجة فيه، لأنه رحمه الله كان رجلاً متوقفاً فلما سمع الآيتين، في واحدة التحليل وفي أخرى التحريم ولم يبلغه النسخ توقف"[٣].

## حكم نكاح الحربية:

تنحصر أقوال العلماء في نكاح الحربية في قولين؛ التحريم والإباحة سواءً بإطلاق أو بقيود.

### أدلة تحريم نكاح الحربية:

١- استدلوا لابن عباس على التحريم بقوله تعالى: ﴿ قَاتِلُوا الَّذِينَ لاَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلاَ بِالْيَوْمِ الآخِرِ﴾ إلى قوله ﴿صَاغِرُونَ﴾، التوبة، الآية: (٢٩)[٤]. وقوله تعالى: ﴿ لاَ تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾، المجادلة، الآية: (٢٢) [٥]، حيث أفاد مجموع الآيتين وجوب قتال أهل الحرب وعدم الركون إليهم، فلا يحل النكاح من نسائهم لأنه نوع من المودة.

## أدلة كراهة نكاح الحربية:

واستدلوا على الكراهة بخشية ترك الولد في دار الحرب، وخشية أن يقيم معها في دار الحرب، ولأنها تشرب الخمر وتأكل الخنزير وتغذي بهما الولد[٦].

---

(١) الجصاص، أحكام القرآن، ٣٢٤/٣، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦٨/٣، ابن عبد البر، الاستذكار، ٢٧١/١٦. وقول ابن عمر رواه البخاري، صحيح البخاري مع فتح الباري، ٣٢٦/٩، ح/٥٢٨٥، كتاب الطلاق، باب قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) برواية الليث عن نافع.

(٢) ابن عبد البر، الاستذكار، ٢٧١/١٦.

(٣) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦٨/٣.

(٤) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٦٩/٣.

(٥) الجصاص، أحكام القرآن، ٣٢٦/٣.

(٦) القرطبي، الجامع، لأحكام القرآن، ٦٩/٣، أمير عبد العزيز، الأنكحة الفاسدة، ٥٥٢/٢.

**رأي المحدثين في المسألة:**

تعرض المحدثون لحكم نكاح الكتابيات إجمالاً دون تمييز بين النصرانية واليهودية، وكثُر في كتب الفتاوى السؤال عنها، خاصة للمغتربين والمهاجرين الذين تضطرهم الظروف إلى نكاحهن.

ومال معظمهم إلى القول بالجواز لصراحة الدلالة في القرآن، ولكونه رأي جمهور الفقهاء[١]، ومنهم من قيد الجواز بشروط وقيود، تشمل على سلبيات هذا النوع من الزواج الذي لا يحقق معنى السكينة والمودة، والذي يؤدي إلى ضياع الأولاد وسوء تربيتهم من قبل هذه الأم الكتابية[٢]، وأن الزواج بهن يخالف نصح رسول الله ﷺ في حسن اختيار الزوجة واختيار ذات الدين[٣].

أما القرضاوي فقد قيد إباحة الكتابية بأربعة قيود هي[٤]:

**الأول:** التأكد من كونها كتابية تؤمن بدين سماوي، وليست ملحدة أو مرتدة.

**الثاني:** أن تكون عفيفة محصنة، لاشتراط الآية ذلك.

**الثالث:** ألا تكون من قوم يعادون المسلمين ويحاربونهم، فلا يصح نكاح الحربيات عنده.

وبناءً عليه لا يجوز في عصرنا أن ينكح المسلم اليهودية مادامت الحرب قائمة بيننا وبين إسرائيل ولا فرق بين اليهودية والصهيونية، فكل يهودي صهيوني، وكل امرأة يهودية هي جندية ولو بروحها في الجيش الإسرائيلي.

---

(١) عبد الحليم محمود، فتاوى، ٢/٢٠٠، محمد بكر إسماعيل، بين السائل والفقيه، ٢٢٠، آل مبارك، الفتاوى الفقهية، ٤٨.

(٢) الجمال، يسألونك، ٧٥٥، الشرباصي، يسألونك، ١/٢٢٢، حسن السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية، ١/٢٨٤. أحمد محمود خليفة، زواج المسلمين من الأوروبيات، مجلة منار الإسلام، ص٦٩.

(٣) جاد الحق، فتاوى جاد الحق، ٢/٢٦٦، شلتوت، الفتاوى، ٢٨٠.

(٤) القرضاوي، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة، ٥٤-٦٠.

**الرابع:** ألا يكون من وراء هذا الزواج فتنة ولا ضرر محقق أو مرجح، لأن استعمال المباحات مقيد بعدم الضرر، والضرر في زماننا متحقق بصور كثيرة منها: التأثير على الفتيات المسلمات بحرمانهن من الزواج، وذلك لانتشار ظاهرة النكاح بالكتابيات وهو ما خاف منه عمر عندما منع النكاح، ويخشى أيضا نكاح الفواجر والمومسات منهن.

وأخيراً ضياع الرجال المسلمين وأبنائهم بنكاح الكتابيات خاصة الأوروبيات والأمريكيات منهن حيث تصبغ حياتهم ويربى أبناؤهم وفق دين وفكر هذه الكتابية.

ويقيد عمر فروخ[١] إباحة النكاح بقيدين استفادهما من نص الآية؛ الأول أن الإباحة للضرورة، وذلك لقوله تعالى: ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ ... ﴾ إذ تفيد حرمة النكاح قبل نزول الآية، ثم إباحته لعلل محددة، وثانياً تباح الكتابية التي كانت قبل مجيء الإسلام لقوله: ﴿ ... مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ وبعد مجيء الإسلام لا يحل نكاحهن، فإن تزوج امرأة رومية مثلاً – والروم كانوا قبل الإسلام– جاز ذلك، وإن تزوج دانماركية مثلاً لا يصح، لأن النصرانية انتشرت في الدانمارك بعد مجيء الإسلام.

## الترجيح وأثر الاختلاف:

من خلال استعراض آراء المتقدمين، تبين ترجيح جمهورهم إباحة نكاح الكتابية لوضوح النص الوارد فيهن، وفعل الصحابة الدال على الإباحة رغم نهي عمر بن الخطاب عن هذا النكاح إلا أنه نهي كراهة لا تحريم، أما أدلة المحرمين فهي مردودة بما ذكر سابقاً، وهذا الحكم على عمومه في الكتابيات، ولكن اليهودية الصهيونية تحتاج رأياً مستقلاً ولو كان مستثنى من عموم الإباحة، لأنها حربية عدوة، ولا يمكن إنشاء أسرة سليمة صالحة بنكاحهن، ولا تحسن تربية الأولاد لأنهن يربين أبناءهم على الحقد والعداوة منذ الطفولة، فأي أمٍ هذه؟ وهل سيبقى معها صلاح لأجيال أو عقيدة سليمة؟.

وإن كان فقهاؤنا أباحوا نكاح الكتابية على العموم للنص الوارد وهذا لا أعارضه، إلا أنني أعجب من القول بكراهة نكاح الحربية، وما استدلوا به من أدلة على الكراهة، لا يقوى على معارضة أدلة المحرمين في عدم الولاء لأعداء دين الله بالمودة والأمان، بل

---

(١) عمر فروخ، التجديد في المسلمين لا في الإسلام، ١٨٢.

يجب قتالهم وإعلان البراء منهم، وما النكاح إلا صورة من صور المودة والولاء، فالأسرة هي أساس المجتمع الإسلامي، فإن كانت مزعزعة ومهزوزة بالأم الحربية، انهارت وحدة المجتمع الإسلامي، بل إن أمثال هؤلاء الأمهات ما هن إلا عيون وجواسيس تزرع في قلب المجتمع الإسلامي وتعمل على نقض بنيانه.

لذا أرى من الراجح تقييد نكاح الكتابية بألا تكون حربية، وتحريم نكاح اليهودية خاصة في ظل العداء المعلن والحرب القائمة.

وتخريج مسألتنا على اختلاف الفقهاء في النكاح، ظاهر بين إذ يصنف نكاح اليهودية عند المحرمين من الأنكحة المختلف في فسادها، وذلك لوجود الخلاف القائم ولوجود الرأي المبيح لذلك، ولا يصنف مع الأنكحة المتفق على فسادها، لأنها مسألة خلافية الغالب فيها الإباحة لا التحريم.

ويتبع تصنيف نكاح اليهودية ضمن الأنكحة المختلف في فسادها، أن يترتب عليه جميع آثار النكاح المذكورة من وجوب فسخ العقد إذاتم، وترتيب الآثار عليه من مهر وعدة ونسب وغيرها.

# الخاتمة

**كانت ثمرة هذه الدراسة جملة من النتائج والتوصيات أهمها:**

١- اختلاف البطلان والفساد اصطلاحاً عند الحنفية في المعاملات دون العبادات والنكاح والدعاوى.

٢- ترادف البطلان والفساد اصطلاحاً عند الجمهور في العبادات والمعاملات والنكاح.

٣- ارتباط مسألة البطلان والفساد بمسألة دلالة النهي على الفساد، حيث ابتنت الأولى على اختلافهم في الثانية.

٤- اعتماد الفرق بين البطلان والفساد عند الحنفية على تفريقهم بين الأصل والوصف، والذي يفيد الفرق بين مقومات العقد الأساسية، وشروطه التابعة له.

٥- انقسام المنهي عنه إلى ثلاثة أنواع هي؛ المنهي عنه لذاته وهو يفيد البطلان باتفاق، والمنهي عنه لمجاور وهو يفيد الصحة عند جمهور العلماء باستثناء بعض المالكية وبعض الحنابلة، والمنهي عنه لوصف ملازم وهو يفيد البطلان عند الجمهور والفساد عند الحنفية.

٦- عدم الدقة في عرض مسألة دلالة النهي في كتب الأصول، إذ الأولى أن تكون دلالة النهي على البطلان، لا دلالته على الفساد وإن كانت الألفاظ مترادفة عند الجمهور إلا أن التقييد أمر مطلوب، والمبالغة في نسبة القول للحنفية بعدم دلالته على الفساد، إلا إذا قصد منه عدم دلالته على البطلان مع ضرورة التحديد أنها في المنهي عنه لوصف ملازم.

٧- الراجح أن النهي يدل على عدم الصحة، وهو قول الحنفية والجمهور، وليس كما شاع أن النهي لا يدل على الفساد عند الحنفية، وإن كان المقصود البطلان، لأن الأولى مع نصوص الشارع ونواهيه أن يدل النهي على عدم صحة الفعل إجمالاً ثم يتبع التفصيل بحسب محل النهي، وهو بطلان أو فساد عند الجمهور، وبطلان عند الحنفية إذا كان لذات المنهي عنه، وفساد إذا كان لوصفه الملازم؛ وكلاهما مراتب لعدم الصحة.

٨- عدم وضوح الفرق بين البطلان والفساد عند متقدمي الحنفية قبل الدبوسي، رغم وجود الإشارة إلى ما يحتمل معنى الفساد، إلا أن الفرق اصطلاحاً بحسب الأصل والوصف ظهر عند الدبوسي ومن جاء بعده.

٩- ارتكاز كتب أصول الحنفية على مسألة إثبات المشروعية للمنهيات، ويقصد بها مشروعية الأصل مع فساد الوصف، دون التعرض لمسألة دلالة النهي على البطلان أو الفساد التي تحدث عنها الجمهور، واستدل الحنفية بأدلة عقلية في إثبات الأمر، لتصحيح الفعل بعد فساده، إلا أنهم بذلوا جهداً عظيماً، وخرجوا بنتائج محددة، لأنهم لما عرضوا آثار العقد الفاسد، كادت آثارهم أن تقترب من آثار الجمهور إلا في بعضها القليل.

١٠- عدم صحة المنسوب إلى المالكية من القول بشبه الفساد، أو شبه الصحة، وأنهم توسطوا بين الحنفية والجمهور، لأن ذلك لا يوافق النقولات من كتبهم الفقهية ولا حتى الأصولية، وأن شبه الفساد هو ضمان العقد في بعض الحالات المنهي عنها وهو ما اتفقت عليه المذاهب ولم يختص به المالكية فقط.

١١- افتراق الأنكحة المنهي عنها إلى نوعين بارزين هما المتفق على فساده والمختلف فيه، وعدم صحة التفريق بينهما بحسب الأصل والوصف ولا يصح ادعاء البعض بأن النكاح باطل وفاسد بحسب الأصل والوصف ولا أن الحنفية يفرقون بينهما بذلك الاعتبار، لاختلاط آثار الأنكحة المنهي عنها بين ما يسمى بالباطل والفاسد، ولعدم اعتماد التفرقة على منهج واضح والله تعالى أعلم بالصواب.

**أهم التوصيات:-**

١- دراسة الفرق بين الأنكحة المنهي عنها من حيث الآثار بعمق وتمعن، لترجيح الآثار فيما يُنسب للمتفق على فساده والمختلف فيه، ولتحديد الآثار التي اختلطت أقوالهم فيها كمسألة الحد والمهر والنسب، والتي تحتاج إلى دراسة مستفيضة في الأنكحة المنهي عنها كلها، من حيث الآثار والأسباب، لا من حيث الأقوال والأدلة والتي كثرت المؤلفات فيها، ولم يكن يسعني في هذه الرسالة تغطية هذا الجانب لأنه في ظني يحتاج رسالة مستقلة.

٢- إعادة البحث والتدقيق في أسباب وآثار البطلان والفساد في المعاملات ومقارنتها بمذهب الجمهور لتقريب وجهات النظر، واستجلاء الأمر عند الجمهور ببيان كيفية معالجة صور الفساد التي ذكرها الحنفية، لأن في الأمر تقارباً – والله تعالى أعلم- إلا في مواضع قليلة برز الحنفية فيها واختلفوا عن الجمهور.

٣- دراسة ومقارنة بين العقد الموقوف والعقد الفاسد عند الحنفية، لمعرفة ما قدمه العقد الفاسد من حلول، وما تميز به عن العقد الموقوف، مما لا يمكن الاستغناء عنه، أو أن إشارة ابن تيمية للعقد الموقوف في فتاويه كانت ذات معنى وتغني عن القول بالفاسد.

٤- إعادة النظر في نصوص قانون الأحوال الشخصية الأردني في موضوع الزواج الباطل والفاسد، من حيث أنواع كلٍ منهما، وآثاره، لعدم وضوح الأمر فيهما، وعدم دقته لأنه اعتمد منهج البطلان والفساد عند الحنفية في النكاح؛ الأمر الذي ترجح لدي عدم صحة نسبته للحنفية، والله تعالى أعلم بالصواب.

**والحمد لله رب العالمين**

# قائمة المراجع

## كتب التفسير

- الجصاص، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ضبطه عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٥-١٩٩٤.
- السيوطي، جلال الدين، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، تصحيح نجدت نجيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط/١، ١٤٢١-٢٠٠٠م.
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن (تفسير الطبري)، تحقيق بشار عواد معروف، عصام فارس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤١٥-١٩٩٤م.
- ابن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، الدار التونسية، تونس، ١٩٨٤.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، ١٣٧٣هـ، ١٩٥٤.

## كتب الأحاديث

- ابن الأثير، مجد الدين الجزري، النهاية في غريب الحديث، دار الكتب العلمية بيروت، ط/١، ١٤١٨-١٩٩٧م.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل، فتح الباري بشرح صحيح البخاري لابن حجر، تحقيق عبد العزيز بن باز، رقمه محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، وطبعة ثانية تحقيق محب الدين الخطيب، أحمد محمد عبد الباقي دار الريان، القاهرة، ط/١، ١٤٠٧-١٩٨٦م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٤-١٩٩٤م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، معرفة السنن والآثار، اعتنى به عبد المعطي قلعجي، دار الوعي، سورية، ط/١، ١٤١١-١٩٩١م.

- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي (الجامع الصحيح)، تحقيق محمود نصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- التهانوي، أحمد العثماني، إعلاء السنن، إدارة القرآن والعلوم، باكستان، ط/٤، ١٤١٥هـ.
- الحاكم، أبو عبد الله النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، إشراف يوسف المرعشلي، دار المعرفة، بيروت.
- ابن حجر، أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، تحقيق حسن قطب، مؤسسة قرطبة، ط/١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
- الخطابي، أبو سليمان أحمد بن محمد، معالم السنن شرح سنن أبي داود، خرج أبوابه عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٦-١٩٩٦.
- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، حققه مجدي الشوري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- الدارمي، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، مسند الدارمي (سنن الدارمي)، تحقيق حسين سليم الداراني، دار المغني، الرياض، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان بيروت، ط/١، ١٤١٩-١٩٩٨م.
- الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، تلخيص المستدرك، (مطبوع مع المستدرك)، دار المعرفة، بيروت.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين، جامع العلوم والحكم، تحقيق شعيب الأرناؤوط، إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/٦، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، دار ابن حزم، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- ابن أبي شيبة، أبو بكر عبد الله بن محمد، مصنف ابن أبي شيبة، صححه مختار الندوي، إدارة القرآن، باكستان، ١٤٠٦-١٩٨٦.
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام الموصلة إلى بلوغ المرام، ضبطه وحققه، محمد صبحي حسن حلاق، دار ابن الجوزي، السعودية، ط/١، ١٤١٨-١٩٩٧م.

- العجلوني، إسماعيل بن محمد، كشف الخفاء ومزيل الإلباس، مكتبة القدس، القاهرة، ١٣٥١هـ.
- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، عارضة الأحوذي شرح صحيح الترمذي، وضع هوامشه جمال مرعشلي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٩٩٧.
- ابن القيم، شمس الدين الجوزية، تهذيب سنن أبي داود، صححه كامل الهنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمود حسن نصار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- المناوي، محمد عبد الرؤوف، فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار الفكر.
- المنذري، زكي الدين عبد العظيم،مختصر سنن أبي داود، صححه كامل الهنداوي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي بشرح السيوطي، تحقيق التراث الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، ط/١، ١٤١٤-١٩٩٤م.
- النووي، محي الدين، صحيح مسلم (الجامع الصحيح)، تحقيق خليل شيحا، دار المعرفة، بيروت، ط/١، ١٤١٤-١٩٩٤م.

## مراجع أصول الفقه القديمة

- الآمدي، أبو الحسن علي بن أبي علي، الإحكام في أصول الأحكام، ضبطه إبراهيم العجوز، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الإسنوي، جمال الدين بن عبد الرحيم، نهاية السول في شرح منهاج الأصول، عالم الكتب.
- الأصفهاني، شمس الدين محمود بن عبد الرحمن، شرح المنهاج، حققه عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد الرياض، ط/١، ١٤١٠هـ.
- أمير بادشاه، محمد أمين، تيسير التحرير، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن أمير الحاج، الحلبي، التقرير والتحبير، ضبطه عبد الله محمود، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٩.

- الأنصاري، محمد نظام الدين، فواتح الرحموت، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣٢٤هـ.
- الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد الله الجبوري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤٠٩-١٩٨٩.
- الباجي، أبو الدوليد سليمان بن خلف، الإشارة في معرفة الأصول، تحقيق محمد فركوس، المكتبة المكية، ط/١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
- الباقلاني، أبو بكر محمد بن الطيب، التقريب والإرشاد، تحقيق عبد الحميد أبو زنيد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٩٩٣.
- البخاري، علاء الدين عبد العزيز، كشف الأسرار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- البدخشي، محمد بن الحسن، شرح البدخشي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن بدران، عبد القادر بن أحمد الدومي، نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر وجنة المناظر، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن برهان، أحمد بن علي، الوصول إلى الأصول، تحقيق د. عبد الحميد أبو زنيد، مكتبة المعارف، الرياض، ط/١، ١٤٠٤-١٩٨٤م.
- البزدوي، فخر الإسلام، أصول البزدوي، مطبوع مع كشف الأسرار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٩٩٧م.
- البصري، أبو الحسين محمد بن علي، المعتمد في أصول الفقه، حققه محمد حميد الله، دمشق، ١٩٦٤.
- البناني، حاشية على شرح جمع الجوامع، دار إحياء الكتب العربية، مصر.
- التفتازاني، سعد الدين، شرح التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٥٧.
- التفتازاني، سعد الدين، حاشية التفتازاني على مختصر المنتهى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ١٣١٦هـ.
- التلمساني، أبو عبد الله محمد بن أحمد، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، حققه محمد علي فركوس، مؤسسة الريان، بيروت، ط/١، ١٤١٩-١٩٩٨م.

- آل تيمية، أبو البركات عبد السلام، أبو المحاسن عبد الحليم بن عبد السلام، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، المسودة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين، دار الكتاب العربي، بيروت.
- الجزري، شمس الدين محمد بن يوسف، معراج المنهاج شرح منهاج الوصول، تحقيق شعبان إسماعيل، مطبعة الحسين، القاهرة، ط/١، ١٩٩٣.
- ابن جزي، محمد بن أحمد الكلبي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، تحقيق محمد علي فركوس، دار الأقصى، ط/١، ١٩٩٠م.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، الفصول في الأصول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- ابن الجوزي، يوسف بن عبد الرحمن، الإيضاح لقوانين الاصطلاح، تحقيق فهد السدحان، مكتبة العبيكان، الرياض، ط/١، ١٩٩١م.
- الجلال المحلي، شمس الدين محمد أحمد، شرح جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت (مع حاشية العطار).
- الجلال المحلي، شمس الدين محمد أحمد، الورقات، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٣٨م.
- الجويني، أمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله، البرهان، تحقيق عبد العظيم الديب، على نفقة أمير قطر، ط/١، ١٣٩٩هـ.
- الجويني، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله، التلخيص في أصول الفقه، تحقيق عبد الله النيبالي، شبير العمري، دار البشائر، بيروت، ط/١، ١٩٩٦م.
- الجويني، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله، الكافية في الجدل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٠-١٩٩٩م.
- الجويني، إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله، شرح الورقات، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٣٨م.
- ابن الحاجب، عثمان بن عمر، منتهى الوصول، دار الكتب العلمية.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق أحمد شاكر، دار الآفاق، بيروت، ط/١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- ابن الحلبي، حاشية على المنار، دار سعادت، مطبعة عثمانية، ١٣١٥هـ.

- الخبازي، جلال الدين عمر بن محمد، المغني في أصول الفقه، تحقيق محمد مظهر، مركز البحث العلمي وإحياء التراث، السعودية، ط/١، ١٤٠٣هـ.
- الخطيب، أحمد عبد اللطيف، حاشية النفحات على شرح الورقات، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٣٨م.
- الدبوسي، أبو زيد عبيد الله بن عمر، تقويم الأدلة في أصول الفقه، تحقيق خليل محي الدين الميس، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١-٢٠٠١م.
- الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، المحصول، تحقيق طه جابر علوان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/٢، ١٩٩٢م.
- الرهاوي، يحيى بن قراجا، حاشية الرهاوي علي المنار، دار سعادت، مطبعة عثمانية، ١٣١٥هـ.
- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، البحر المحيط، وزارة الأوقاف الإسلامية، الكويت، ط/١ ١٤٠٩-١٩٨٨م.
- السبكي، علي بن عبد الكافي، الإبهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٩٨٤.
- السرخسي، محمد بن محمد، أصول السرخسي، حققه أبو الوفا الأفغاني، دار المعرفة، بيروت.
- السمرقندي، أبو بكر بن محمد، ميزان الأصول في نتائج العقول، تحقيق محمد زكي عبد البر، ط/١ ١٤٠٤-١٩٨٤م.
- ابن السمعاني، أبو مظفر، قواطع الأدلة في الأصول، تحقيق محمد هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- الشاشي، أحمد بن محمد، أصول الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢.
- الشاطبي، أبو اسحق إبراهيم بن موسى، الموافقات، شرحه عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ط/١، ١٩٩٤م.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الرسالة، تحقيق أحمد شاكر، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط/١، ١٩٤٠.
- الشنقيطي، عبد الله بن إبراهيم العلوي، نشر البنود على مراقي السعود، مكتبة العرفان، الرياض.
- الشنقيطي، محمد الأمين، نثر الورود على مراقي السعود، تحقيق تلميذه محمد ولد حبيب الشنقيطي، دار المنارة، جدة، ط/١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.

- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، إرشاد الفحول، تحقيق أبو مصعب البـــدري، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، ط/٤، ١٩٩٣م.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، التبصرة في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن هيتـــو، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٠م.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، شرح اللمع، تحقيق عبد المجيد التركي، دار الغـــرب الإسلامي، بيروت، ط/١، ١٩٨٨.
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، اللمع في أصول الفقه، تصحيح محمـــد بـــدر الديـــن الحلبي، دار الندوة، القاهرة، ١٩٨٨.
- صدر الشريعة، عبيد الله بن مسعود، التوضيح على التنقيح، دار الكتـــب العلميـــة، بيروت، ١٩٥٧م.
- الطوفي، نجم الدين سليمان بن الربيع، شرح مختصر الروضة، تحقيق عبد الله بـــن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- العبادي، أحمد بن قاسم الشافعي، الآيات البينات على شرح جمع الجوامع، ضبطـــه زكريا عميرات، دار الكتب العملية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- عبد الجبار المعتزلي، أبو الحسين القاضي، المغني في أبواب التوحيد والعدل، الدار المصرية للتأليف، ١٣٨٥هـ-١٩٦٥م.
- ابن عبد الشكور، محب الله، مسلم الثبوت، المطبعة الأميرية، مصر، ١٣٢٤هـ.
- العجلي، أبو عبد الله محمد بن عباد، الكاشف عن المحصول، دار الكتب العلميـــة، بيروت، ط/١، ١٤١٩-١٩٩٨م.
- ابن العربي، أبو بكر المعافري، المحصول في أصول الفقه، أخرجه حسين البدري، دار البيارق، عمان، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- عزمي زاده، مصطفى بن علي بن محمد، حاشية على المنار، دار سعادت، مطبعة عثمانية، ١٣١٥هـ.
- عضد الدين، عبد الرحمن بن أحمد، العضد على منتهى الوصول، المطبعة الكـبرى الأميرية، مصر، ط/٢، ١٣١٧هـ.
- العطار، محمد حسن، حاشية على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

- ابن عقيل ، أبو الوفاء علي، الواضح في أصول الفقه، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- العلائي، الحافظ، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، تحقيق، إبراهيم السلفيتي، دار الفكر، دمشق، ط/١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، المستصفى، تحقيق محمد الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- الفراء، أبو يعلى محمد بن الحسين، العدة في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- الفناري، محمد بن حمزة، فصول البدايع في أصول الشرايع، ١٩٦٣م.
- ابن قاوان، الحسين أحمد بن أحمد الشافعي، التحقيقات في شرح الورقات، تحقيق سعد بن عبد الله، دار النفائس، عمان، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ابن قدامة، موفق الدين المقدسي، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه، تحقيق عبد الكريم النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط/٥، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرؤوف، دار الفكر، القاهرة، ١٩٧٣م.
- القرافي، أحمد بن إدريس، نفائس المحصول، تحقيق عادل عبد الموجود، علي معوض، مكتبة نزار الباز، الرياض، ط/٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- القروي، الشيخ حلولو أحمد بن عبد الرحمن، الضياء اللامع شرح جمع الجوامع، تحقيق عبد الكريم النملة، كلية الشريعة، الرياض، ط/١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- الكرخي، أبو الحسن، أصول الكرخي، الناشر مكتبة الخانجي، القاهرة، ط/٢ ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، مطبوع مع تأسيس النظر.
- الكلوذاني، محفوظ بن أحمد، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق مفيد محمد أبو عمشة، جامعة أم القرى، مكة، ط/١، ١٩٨٥.
- الكنكوهي، محمد فيض حسن، عمدة الحواشي، مطبوع مع أصول الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م.
- اللامشي، أبو الثناء محمود بن بدر، أصول الفقه، تحقيق عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/١، ١٩٩٥م.

- ابن اللحام، علاء الدين بن محمد البعلي، المختصر في أصول الفقه، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- ابن اللحام، علاء الدين بن محمد البعلي، القواعد والفوائد الأصولية، حققه عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
- الماريديني، شمس الدين محمد عثمان، الأنجم الزاهرات، تحقيق عبد الكريم النملة، دار الحرمين، القاهرة، ط/١، ١٩٩٤م.
- المحلاوي، محمد بن عبد الرحمن، تسهيل الوصول، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٤١هـ.
- المطيعي، محمد بخيت، سلم الوصول في علم الأصول، عالم الكتب.
- ابن مفلح، شمس الدين محمد المقدسي، أصول الفقه، تحقيق فهد السدحان، مكتبة العبيكان، الرياض، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- ملاخسرو، محمد بن فراموز، مرآة الوصول شرح مرقاة الأصول، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٢٠هـ.
- ابن ملك، عز الدين عبد اللطيف، شرح المنار، دار سعادت، مطبعة عثمانية، ١٣١٥هـ.
- ابن النجار، محمد بن أحمد، شرح الكوكب المنير، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٣م.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، فتح الغفار بمشكاة الأنوار، مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٣٦م.
- النسفي، عبد الله بن أحمد، كشف الأسرار على المنار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٩٨٦م.

# مراجع الفقه القديمة


- الإحسائي، عبد العزيز محمد آل مبارك، تبيين المسالك شرح تدريب السالك، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/٢، ١٩٩٥م.
- البابرتي، محمد بن محمود، شرح العناية، (مطبوع مع فتح القدير)، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- البهوتي، منصور بن إدريس، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، مكتبة التراث الإسلامي، مصر، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- البهوتي، منصور بن إدريس، كشاف القناع، تحقيق محمد الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، وطبعة مطبعة الحكومة، ١٣٩٤هـ.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن تيمية، الفتاوى، اعتنى بها عامر الجزار، أنور الباز، مكتبة العبيكان، الرياض، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى النكاح، حققه أبو المجد حرك، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، ط/١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن تيمية، نظرية العقد، دار المعرفة، بيروت.
- الجمل، سليمان بن عمر بن منصور، حاشية الجمل على شرح المنهاج، علق عليه عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن، التحقيق في مسائل الخلاف، تحقيق عبد المعطي قلعجي، دار الوعي، حلب، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، المحلي بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- الحسام الشهيد، عمر عبد العزيز، شرح أدب القاضي للخصاف، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، أبو بكر الهاشمي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- الحطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل، ضبطه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.

- الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخرشي، ضبطه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- الخطيب الشربيني، محمد، مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- داما أفندي، عبد الرحمن بن محمد الكليبولي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- الدبوسي، أبو زيد عبيد الله بن عمر، النكاح من الأسرار، تحقيق نايف العمري، دار المنار، مصر، ط/١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير، دار المعارف، مصر، ١٣٩٣هـ.
- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- ابن أبي الدم، شهاب الدين اسحاق إبراهيم، أدب القضاء، تحقيق محمد السدحان، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط/١، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- الدهلوي، أحمد شاه ولي الله، حجة الله البالغة، راجعه محمود طعمة، دار المعرفة، بيروت.
- الرافعي، عبد الكريم بن محمد القزويني، العزيز شرح الوجيز، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- ابن رشد، أبو الوليد، البيان والتحصيل، اعتنى به عبد الفتاح محمد الحلو، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/١، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار القلم، بيروت، ط/١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- ابن رشد، محمد أحمد، المقدمات الممهدات (مقدمات ابن رشد)، دار الفكر.
- زاده أفندي، أحمد بن قودر، نتائج الأفكار تكملة فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- الزرقاني، محمد، شرح الزرقاني على موطأ مالك، دار الفكر، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

- الزركشي، محمد بن عبد الله المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق عبد الله الجبرين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط/١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق، تحقيق أحمد عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٣م.
- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت ط/١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- السمرقندي، نصر بن محمد أبو الليث، خزانة الفقه في عيون المسائل، تحقيق صلاح الناهي، شركة الطبع والنشر، بغداد، ١٣٨٥هـ-١٩٦٥م.
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، تنوير الحوالك على موطأ مالك، ضبطه محمد الخالدي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن الشاط، محمد علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية، عالم الكتب.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، اعتنى بها أُحمد عناية، دار إحياء التراث، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م. وطبعه أحمد بدر الدين حسون، دار قتيبة، بيروت، ط/١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
- الشلبي، شهاب الدين أحمد، حاشية الشلبي على شرح كنز الدقائق مع تبيين الحقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار، تحقيق محمود إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- الشيباني، محمد بن الحسن، الآثار، تصحيح أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية، الهند، ١٣٨٥هـ-١٩٦٥.
- الشيباني، محمد بن الحسن، الأصل، تصحيح أبو الوفاء الأفغاني، عالم الكتب، بيروت، ط/١، ١٤١٠هـ-١٩٩٠م.
- الشيباني، محمد بن الحسن، الاكتساب في الرزق المستطاب، علق عليه محمود عرنوس، مطبعة الأنوار، ط/١، ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م.
- الشيباني، محمد بن الحسن، الآمالي، مطبعة دار المعارف العثمانية، ١٣٦٠هـ.
- الشيباني، محمد بن الحسن، الجامع الكبير، ضبطه محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

- الشيباني، محمد بن الحسن، الحجة على أهل المدينة، عالم الكتب، بيروت.
- الشيباني، محمد بن الحسن، رسالة الكسب، تحقيق سهيل زكار، دار الفكر، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- الشيباني، محمد بن الحسن، السير الكبير، تقديم كمال عبد العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- الشيباني، محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، طبعة بالأوفست، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٣٠م.
- الشيخ نظام، الفتاوي الهندية، ضبطه عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- الصاوي، أحمد بن محمد، بلغة السالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، طبعة أخيرة، ١٩٥٢م.
- ضويان، إبراهيم بن محمد سالم، منار السبيل شرح الدليل، تحقيق عصام قلعجي، دار الحكمة، دمشق، ١٩٨٢م.
- ابن عابدين، محمد أمين عمر، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، تحقيق محمد صبحي حلاق، عامر حسين، دار إحياء التراث، بيروت، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨، ط/١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار، دار الوعي، حلب، القاهرة، ط/١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق محمد أحيد، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط/٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي علي الخرشي، ضبطه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- العدوي، علي بن أحمد، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني، ضبطه محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.

- ابن عرفة، حدود ابن عرفة بشرح الرصاع، تحقيق محمد أبو الأجفان، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط/١، ١٩٩٣م.
- عليش، محمد بن أحمد، تقريرات عليش مع حاشية الدسوقي، اعتنى به محمد شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- العيني، محمد بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط/٢، ١٩٩٠م.
- الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، حققه أحمد محمود، محمد محمد تامر، دار السلام، مصر، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- ابن فرحون، شمس الدين أبو عبد الله محمد، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٣٠١هـ.
- الفندلاوي، أبو الحجاج يوسف بن دوناس، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، تحقيق أحمد البوشيخي، مطبعة نضالة المحمدية، المغرب، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- القادري، محمد بن حسن بن علي، تكملة البحر الرائق، ضبطه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- القاري، علي بن سلطان، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح للتبريزي، تحقيق جمال عَيْتاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد فارس، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، مطبعة هجر، الجيزة، ١٩٨٩م.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، دون طبعة ولا دار نشر.
- قليوبي وعميرة، شهاب الدين أحمد بن أحمد وشهاب الدين أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة، ضبطه عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، تحقيق عادل عبد الموجود، علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.

- الكَوْهجي، عبد الله بن الشيخ، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه عبد الله الأنصاري، المكتبة العصرية، بيروت.
- مالك، ابن أنس، المدونة الكبرى، دار الفكر.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، قدم له محمد بكر إسماعيل، عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م.
- محمد المالكي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح ميارة الفاسي، صححه عبد اللطيف عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- المرداوي، علاء الدين أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، صححه محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث، ط/٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، دار إحياء التراث، بيروت، ط/١، ١٤١٦هـ-١٩٩٥م.
- المطيعي، محمد نجيب، تكملة المجموع الثانية، دار الفكر.
- ابن مفلح، برهان الدين إبراهيم، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، محمد الشاويش، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- المواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف، التاج والإكليل، مطبوع مع مواهب الجليل.
- النفراوي، أحمد غنيم سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ضبطه عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل عبد الموجود، علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون طبعة، وطبعة المكتب الإسلامي.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع، شرح المهذب، دار الفكر.
- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، علق عليه عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية بيروت، ط/١، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- الهيثمي، ابن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ضبطه عبد الله محمود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.

# كتب القواعد الفقهية


- الإسنوي، جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.
- الحصني، أبو بكر محمد بن عبد المؤمن تقي الدين، القواعد، تحقيق محمد الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، راجعه طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، ط/١، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م.
- الزركشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- الزنجاني، شهاب الدين محمود بن أحمد، تخريج الفروع على الأصول حققه محمد أديب صالح، مطبعة جامعة دمشق، ١٣٨٢هـ-١٩٦٢م.
- السبكي، تاج الدين عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق عادل عبد الموجود، علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١١هـ-١٩٩١م.
- السُغدي، قاضي القضاة أبو الحسن علي بن الحسين، النتف في الفتاوى، تحقيق د. صلاح الدين الناهي، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٥م.
- السيوطي، جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- الصردفي، محمد بن عبد الله، المعاني البديعية في معرفة اختلاف أهل الشريعة، تحقيق سيد محمد مهنّي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر.
- ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت.

- ابن الوكيل، محمد بن عمر بن مكي، الأشباه والنظائر، حققه د. أحمد محمد العنقري، مكتبة الرشد، الرياض، ط/١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م.
- الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، تحقيق أحمد الخطابي، لجنة التراث الإسلامي، الرباط، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

## مصادر الفقه وأصول الفقه الحديثة

- آل أسكيا، جبريل المهدي بن ميغا، الصحة والفساد عند الأصوليين، دار الصابوني، حلب، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- الأشقر، أسامة عمر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، عمان، ط/١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- الأشقر، عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط/٢، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- الأشقر، محمد سليمان، المجلّى في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- الأهدل، عبد الرحمن شميلة، الأنكحة الفاسدة، المكتبة الدولية، الرياض، ط/١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
- أيوب، حسن، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار التوزيع والنشر الإسلامية، مصر، ١٤١٨هـ-١٩٩٨م.
- ابن باز، عبد العزيز، فتاوى هيئة كبار العلماء، مكتبة التراث الإسلامي، مصر.
- الباز، عباس أحمد، أحكام المال الحرام، دار النفائس، عمان، ط/٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- أبو البصل، عبد الناصر، دارسات في فقه القانون المدني الأردني، دار النفائس، عمان، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- أبو البصل، عبد الناصر، نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون، دار النفائس، الأردن، ط/١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- البعلي، عبد الحميد، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، جامعة الإمام سعود.

- البغا، محمد الحسن مصطفى، درء المفسدة في الشريعة الإسلامية، دار العلوم الإنسانية، دمشق.
- بكر إسماعيل، محمد، بين السائل والفقيه، دار المنار، ط/٢، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- بيوض، إبراهيم عمر، فتاوى الشيخ بيوض، سلطنة عمان، ط/٢، ١٤١١هـ-١٩٩٠م.
- البوطي، محمد توفيق، البيوع الشائعة، قدم لها محمد سعيد البوطي، دار الفكر، دمشق، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- التركماني، عدنان خالد، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، دار الشروق، جدة، ط/١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.
- جاد الحق، علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، الأزهر، ط/١، ١٩٩٤م.
- الجريشة، علي، المشروعية الإسلامية العليا، دار الوفاء، المنصورة، ط/٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- الجمال، أحمد محمد، يسألونك، دار إحياء العلوم، بيروت، ط/٣، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- حسين، أحمد فراج، الملكية ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، ط/١.
- الحصري، أحمد، النكاح والقضايا المتعلقة به، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٣٨٧هـ-١٩٦٧م.
- الحكيم، عبد الهادي، عقد الفضولي، مطبعة الآداب، النجف.
- حميش، عبد الحق وحسين شواط، فقه العقود المالية، دار البيارق.
- حيدر أفندي، علي، أصول استماع الدعوى الحقوقية، ترجمها إلى العربية، فائز فاخوري، مطبعة دمشق، ١٣٤٢هـ-١٩٢٣م.
- الخضري، محمد، أصول الفقه، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
- الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، ط/١، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- الخلايلة، محمد أحمد، مراعاة الخلاف عند المالكية، ٢٠٠١م، رسالة ماجستير الجامعة الأردنية، عمان.

- دار الإفتاء، ابن باز، وابن عثيمين وغيرهما، فتاوى المرأة المسلمة، اعتنى بها أشرف عبد المقصود، أضواء السلف، ط/٣، ١٤١٧هـ-١٩٩٦م.
- داردكة، ياسين أحمد، نظرية الغرر في الشريعة الإسلامية، وزارة الأوقاف الإسلامية، عمان.
- الدريني، محمد فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤١٤-١٩٩٤.
- الربيعة، عبد العزيز، السبب عند الأصوليين، جامعة الإمام سعود، ١٩٨٠م.
- الزحيلي، محمد، النظريات الفقهية، دار القلم، دمشق، ط/١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط/١، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي، مطبعة طربين، دمشق، ط/١٠، ١٣٨٧هـ-١٩٦٨م.
- أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، (قسم الزواج)، مطبعة أحمد مخيمر، مصر.
- أبو زهرة، محمد، أصول الفقه، بدون طبعة ولا دار نشر.
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دار الاتحاد العربي، مصر.
- زهير، محمد أبو النور، أصول الفقه، المكتبة الأزهرية للتراث، مصر، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- الزيباري، عامر سعيد، أجوبة عن أسئلتك في المعاملات المالية، دار ابن حزم، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- سراج، محمد، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، بدون طبعة ودار نشر.
- السمني، حسن علي، الوجيز في الأحوال الشخصية، بدون طبعة ولا دار نشر.
- أبو سنة، أحمد فهمي، الوسيط في أصول فقه الحنفية، مطبعة دار التأليف، مصر.
- السنهوري، عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، ١٩٥٧م.
- الشاذلي، حسن علي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي، مصر.

- الشافعي، أحمد محمود، الزواج في الشريعة الإسلامية، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، بدون دار نشر.
- الشافعي، أحمد محمود، الملكية والعقد في الفقه الإسلامي، المكتب العربي، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- الشثري، محمد ناصر بن عبد العزيز، الأمر صيغته ودلالته عند الأصوليين، مطابع الفرزدق، الرياض، ط/١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- الشرباصي، أحمد، يسألونك في الدين والحياة، دار الجيل، بيروت، الجزء الأول، ط/٤، ١٩٨٠م، الجزء الثاني، ط/٢، ١٩٨٠م.
- الشرفي، محمد علي عبد الله، حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- شعبان، زكي الدين، الأحكام الشرعية، منشورات جامعة قاريونس، بنغلزي، ط/٦، ١٩٩٣م.
- الشققه، محمد بشير، فقه الأحوال الشخصية، دار القلم، دمشق، ط/١، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.
- شلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م.
- شلتوت، محمود، الفتاوى، دار الشروق، القاهرة، ط/٨، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
- الصابوني، عبد الرحمن، محاضرات في الملكية ونظرية العقد، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٩٦٤، ١٩٦٥م.
- أبو صفية، فخري، الإكراه في الشريعة الإسلامية، مطابع الرشيد، المدينة المنورة، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- العبادي، عبد السلام داود، الملكية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الأقصى، عمان، ط/١، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥م.
- عبد الحليم، محمود، فتاوي الإمام عبد الحليم، دار المعارف، القاهرة.
- عبد العزيز، أمير، الأنكحة الفاسدة، مكتبة الأقصى، عمان، ط/١، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م.
- عبد الله، عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، مصر، ط/١، ١٩٥٦م.

- عثمان، أحمد، آثار عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، لجنة البحوث والتأليف، الرياض، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.
- العثماني، محمد تقي، بحوث في قضايا معاصرة، دار القلم، دمشق، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- العجم، رفيق، موسوعة مصطلحات أصول الفقه عند المسلمين، مكتبة لبنان، بيروت.
- عفانة، حسام الدين، يسألونك، مكتبة دنديس، عمان، ط/١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- عفيفي، عبد الرزاق، فتاوي ورسائل، دار الفضيلة، ط/١، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- أبو العينين، بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة.
- أبو العينين، بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٨٥م.
- أبو العينين، بدران، الشريعة الإسلامية وتاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة.
- فروخ، عمر، التجديد في المسلمين لا في الإسلام، دار الكتاب العربي، بيروت.
- قدري باشا، محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الدار العربية للتوزيع، عمان، ط/١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- قره، علي، دروس في المعاملات، دون طبعة ولا دار نشر.
- قره داغي، علي محي الدين، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط/١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٥م.
- القرضاوي، يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، المكتب الإسلامي، ط/٧، ١٣٩٣هـ-١٩٧٣م.
- القرضاوي، يوسف، فتاوى معاصرة للمرأة والأسرة المسلمة، دار الضياء، عمان، ط/١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- قلعجي، محمد رواس، موسوعة فقه عمر بن الخطاب، مكتبة الفلاح، الكويت، ط/٢، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- الكبيسي، أحمد، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٣٩١هـ-١٩٧١م.
- الكردي، أحمد الحجي، بحوث في الفقه الإسلامي، دار المعارف، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.

- اللجنة الدائمة، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع أحمد الدويش، دار العاصمة، السعودية، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
- آل مبارك، أحمد بن عبد العزيز، الفتاوى الفقهية، بدون طبعة.
- المجلس الأوروبي للإفتاء، فتاوى المجموعة الأولى، المركز الثقافي، مكتبة الإيمان، القاهرة، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- مسلم، أحمد حسن، الفتاوى الشرعية الميسرة، مكتبة التراث الإسلامي، مصر.
- المصري، رفيق يونس، النجش والمزايدة والمناقصة، دار المكتبي، سورية، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- المعيني، محمد سعود، الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية، مطبعة الزهراء الحديثة، العراق، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م.
- المعيني، محمد سعود، النهي وأثره في الفقه الإسلامي، منشورات مكتبة النمرود، الموصل.
- المنيع، عبد الله سليمان، مجموع فتاوى وبحوث، دار العاصمة، السعودية، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- المنيعي، محمد سليمان، البطلان ضابطه وتطبيقاته في فقه العبادات، دار الوطن، الرياض، ط/١، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
- موسى، محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مطابع دار الكتاب، مصر، ١٣٧٨هـ-١٩٥٨م.
- نجيب، مصطفى، عيوب العقد في المعاوضات المالية، ١٩٩٤م، رسالة دكتوراه، جامعة الزيتونة، تونس.
- النملة، عبد الكريم بن علي، الخلاف اللفظي عند الأصوليين، مكتبة الرشد، الرياض، ط/٢، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
- وزارة الأوقاف الكويتية، الموسوعة الفقهية، مطابع دار الصفوة، الكويت، ط/٤، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- وفا، محمد، أبرز صور البيوع الفاسدة، مطبعة السعادة، مصر، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.
- وهدان، حسن وعدداً من الأساتذة، أصول الفقه لغير الحنفية، لجنة البيان العربي، مصر، ١٣٨٣هـ-١٩٦٣م.

- ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات والتجارية، دار النفائس، ط/٢، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م.

## مراجع الدوريات

- أبحاث هيئة كبار العلماء، الشرط الجزائي، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، العدد (٢)، ١٣٩٥هـ.
- أبو البصل، عبد الناصر موسى، اقتران العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، عمان، مجلد (٣) عدد (١)، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م.
- الخليفة، أحمد محمود، زواج المسلمين من الأوروبيات، مجلة منار الإسلام، الإمارات العربية المتحدة، عدد (٣) السنة (٢)، ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م.
- الدريني، محمد فتحي، فلسفة أصول الفقه الإسلامي منشأ نظريتي البطلان والفساد في التصرفات الشرعية، مجلة هدى الإسلام، وزارة الأوقاف الأردنية، عدد (٨) مجلد (٣٥)، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، خطأ تقسيم النكاح إلى فاسد وباطل، مجلة المسلم المعاصر، بيروت، العدد (٢٧)، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.
- شرف، عبد الحكيم، استئناف الأحكام الباطلة والمبنية على إجراءات باطلة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، العدد (٢)، ١٩٧٩م.
- الصعيدي، حليم السيد عبد الله، الشروط الجعلية في عقود المعاوضات المالية، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، ليبيا، العدد (١٣)، ١٤٢٥هـ-١٩٩٦م.
- عبد الرحيم، القرشي، الصحة والبطلان عند الأصوليين، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، أم درمان، السودان، العدد (٣)، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
- ماء العينين، حمداتي شبيهنا، بطلان العقود وإبطالها، مجلة دار الحديث الحُسنية، المملكة المغربية، العدد (٧)، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

# كتب التراجم والطبقات

- الإسنوي، جمال الدين عبد الرحيم، طبقات الشافعية، تحقيق عبد الله الجبوري، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط/١، ١٣٩١هـ-١٩٧١م.
- البغدادي، أحمد بن علي الخطيب، تاريخ بغداد، دار الكتاب العربي، بيروت.
- ابن حجر، أحمد بن علي شهاب الدين، لسان الميزان، حققه محمد مرعشلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط/١، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
- ابن خلكان، أحمد بن محمد بن أبي بكر، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، حققه إحسان عباس، دار صادر، بيروت.
- الذهبي، محمد بن أحمد، تهذيب سير أعلام النبلاء، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/٢، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.
- الذهبي، محمد بن أحمد، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق علي محمد البجاري، دار الفكر.
- الزركلي، خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط/١، ١٩٩٢م.
- السبكي، عبد الوهاب بن علي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق، مصطفى عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- السخاوي، محمد بن عبد الرحمن، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، مكتبة القدسي، القاهرة، ١٣٥٤هـ.
- ابن العماد، عبد الحي الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار المسيرة، بيروت، ط/٢، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.
- عياض، القاضي أبو الفضل، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق أحمد بكير، دار الحياة، بيروت.
- الغزي، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الحنفي، الطبقات السنية في تراجم الحنفية، تحقيق د. عبد الفتاح حلو، دار الرفاعي، الرياض، ط/١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
- ابن قطلوبغا، زين الدين أبو العدل، تاج التراجم في من صنف من الحنفية، تحقيق، إبراهيم صالح، دار المأمون للتراث، دمشق، ط/١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

- كحالة، عمر رضا، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط/١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.
- اللكنوي، الإمام عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ندوة المعارف، الهند، ١٩٦٧م.
- مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط/١، ١٣٤٩هـ.
- مرتضى، أحمد بن يحيى، طبقات المعتزلة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٣٨٠هـ-١٩٦١م.

## مراجع اللغة العربية والمعاجم

- إبراهيم أنيس، عطية الصوالحي وعبد الحليم منتصر ومحمد خلف، المعجم الوسيط، دار الأمواج، بيروت، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
- البغدادي، أبو الفرج قدامة بن جعفر، جواهر الألفاظ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤٠٥هـ-١٩٨٥.
- أبو البقاء، أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، قابله، عدنان درويش، منشورات وزارة الثقافة، دمشق، ط/٢، ١٩٨٢م.
- الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٥م.
- درستويه، عبد الله جعفر، تصحيح الفصيح، تحقيق عبد الله الجبوري، وزارة الأوقاف، العراق، ط/١، ١٣٩٥هـ-١٩٧٥.
- الزمخشري، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط/١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- ابن السكيت، أبو يوسف اسحاق، تهذيب الألفاظ، هذبه الخطيب التبريزي، المطبعة الكاثولوكية، ١٨٩٥م.



- العسكري، أبو هلال، الفروق في اللغة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق، بيروت، ط/١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

- ابن فارس، أبو الحسين، أحمد، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل.
- الفيروز آبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة.
- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٥٥م.

# فهرس المحتويات

| الموضوع | رقم الصفحة |
|---|---|

| الموضوع | رقم الصفحة |
|---|---|

| الموضوع | رقم الصفحة |
| --- | --- |
| المطلب الثالث: آثار البطلان والفساد في المعاملات. | ١١٩ |
| أولاً: استحقاق الفسخ. | ١٢٠ |
| ثانياً: طبيعة الملك. | ١٢٢ |
| ثالثاً: استحقاق الضمان. | ١٢٣ |
| المبحث الخامس: مجال تطبيق البطلان والفساد في الفقه الحنفي. | ١٢٥ |
| **الفصل الرابع مذهب جمهور العلماء في التفريق بين البطلان والفساد وبيان الراجح** | **١٣٧** |
| التمهيد. | ١٢٨ |
| المبحث الأول: آراء جمهور الأصوليين في دلالة المنهي عنه لوصفٍ ملازم. | ١٢٩ |
| المطلب الأول: تحقيق مذهب المالكية في دلالة المنهي عنه لوصفٍ ملازم على الفساد المرادف للبطلان. | ١٣٠ |
| أولاً: الباجي ت ٤٧٤ هـ. | ١٣٠ |
| ثانياً: أبو بكر بن العربي ت ٥٤٣ هـ. | ١٣١ |
| ثالثاً: القرافي ت ٦٨٥ هـ. | ١٣٢ |
| رابعاً: التلمساني ت ٧٧١ هـ. | ١٣٥ |
| خامساً: الشاطبي ت ٧٩٠ هـ. | ١٣٧ |
| المطلب الثاني: تحقيق مذهب الإمام الشافعي في دلالة المنهي عنه لوصفٍ ملازم على الفساد المرادف للبطلان. | ١٣٩ |
| المطلب الثالث: تحقيق مذهب الحنابلة في دلالة المنهي عنه لوصفٍ ملازم على الفساد المرادف للبطلان. | ١٤٣ |
| المطلب الرابع: بيان مذهب القائلين بالفساد في العبادات دون المعاملات. | ١٤٤ |

| الموضوع | رقم الصفحة |
| --- | --- |

| الموضوع | رقم الصفحة |
|---|---|

| الموضوع | رقم الصفحة |
|---|---|